

150.402



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5313845543

TE
1407

Universidad Complutense de Madrid
Facultad de Derecho
1998

**LAS PENSIONES DE INVALIDEZ
EN LOS REGLAMENTOS
COMUNITARIOS
DE SEGURIDAD SOCIAL**

21/10/98



b 171/1343x

Alberto Llorente Alvarez

Memoria que se presenta para la
colación del Grado de Doctor en
Derecho por **D. Alberto Llorente
Alvarez**, bajo la dirección del Prf.
Dr. D. José Luis Tortuero Plaza,
Profesor Titular de Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social de la
Universidad Complutense.

A mis padres y hermanos.

A Beatriz y Lucía.

AGRADECIMIENTOS.

Se ha dicho que ninguna obra de investigación es producto exclusivo de su autor, ésta, al menos, no lo es. Sin la imprescindible labor doctrinal, jurisprudencial y legislativa -por supuesto- que la precede no hubiera sido posible realizar nuestra investigación. Por ello, a todos los que de una manera u otra se han dedicado a la elaboración y estudio de esta materia les manifiesto mi reconocimiento.

Amén de esa consideración genérica -en modo alguno ritual- algunas personas merecen una mención específica. La insustituible labor del Prf. Dr. D. José Luis Tortuero Plaza, director de la tesis, en el certero ejercicio de su magisterio, así como su constante apoyo y estímulo personal, requeriría un capítulo aparte de agradecimientos. No dedicándole el espacio que merece, quiero dejar constancia, no obstante, de mi más honda, sincera y entrañable gratitud.

En el aporte de materiales para la elaboración de la investigación he tenido la suerte de contar con la siempre amistosa predisposición de Luisa Goya Laza y Marta Vives Caballero, cuyas enseñanzas sobre esta materia, además, me han sido de gran utilidad. Juan Ignacio del Valle de Joz ha tenido la valentía de leer las últimas versiones del

estudio a cuya redacción definitiva he incorporado sus observaciones por las que le estoy muy agradecido.

Desde un plano diferente, sin una familia como la que tengo la suerte de contar nada de lo que he hecho hubiera podido concluirlo, tampoco esta tesis. Los sacrificios de Beatriz, su compañía y colaboración, han permitido que pudiera dedicarme a la elaboración de esta obra, que, por ello, también es un poco suya. La alegría de la llegada de Lucía fue el aliciente final que me ayudó a culminar el trabajo. Para ellos mi cariño y gratitud es permanente.

No puedo terminar esta líneas sin referirme a D. Manuel Alonso Olea. El por tantos reconocido como Maestro de maestros también ha sido ejemplo para el que escribe; por la afectuosa acogida que me dispensó cuando, de algún modo, iniciaba mi andadura en estos campos le estaré siempre agradecido.

INDICE

=====

<u>INTRODUCCION: JUSTIFICACION, OBJETO Y METODO DEL</u> <u>ESTUDIO.....</u>	28
 <u>CAPITULO PRIMERO. REGLAS DE COORDINACION.....</u>	44
 1. LA INVALIDEZ COMO CONTINGENCIA PROTEGIDA.....	45
 2. ALGUNOS ASPECTOS MAS DESTACADOS SOBRE LAS DIVERSAS CONCEPCIONES DE LA INVALIDEZ EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNION EUROPEA.....	57
 3. LA INVALIDEZ EN LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS.....	69

3.1. La invalidez tipo A y la invalidez tipo B: una opción.....	69
3.2. La invalidez en los Reglamentos: preceptos aplicables y supuestos regulados.....	76
3.3. La invalidez tipo A.....	78
3.3.1. Formulación legal.....	78
3.3.2. Institución competente para el abono de prestaciones.....	81
3.3.2.1. Regla general: la institución en la que se está asegurado en el momento del hecho causante.....	82
3.3.2.2. Cuando no se reúnen los requisitos en la institución de aseguramiento.....	84
3.3.2.3. Solicitantes en situación de desempleo total que durante su último empleo, residían en un Estado miembro distinto del Estado competente.....	86
3.3.3. Otros requisitos para el reconocimiento	

del derecho a estas prestaciones.....	90
3.3.3.1. Exigencia de un período de carencia previo.....	91
3.3.3.2. Exigencia de estar asegurado cuando se produce el hecho causante de la prestación.....	93
3.4. La invalidez tipo B.....	96
3.4.1. Formulación legal.....	96
3.4.1.1. Regla general: formulación negativa del artículo 40.1.....	96
3.4.1.2. Excepción a la regla general: trabajadores sometidos a una legislación tipo A en el momento del hecho causante y que no necesitan acudir a las legislaciones tipo B para totalizar períodos.....	100
3.4.2. Requisito de haberse beneficiado de prestaciones en metálico por enfermedad o haber estado incapacitado para el trabajo inmediatamente antes de percibir la pensión de invalidez.....	105

3.4.3. Institución competente para el abono de las prestaciones.....	115
3.4.3.1. Regla general.....	115
3.4.3.2. Dificultades en la jurisprudencia española: "el adelanto de prestaciones".....	116
3.4.3.3. En los supuestos en los que, como excepción, se aplican las reglas de la invalidez tipo A.....	130
3.4.4. El requisito del aseguramiento en el momento del hecho causante: las previsiones para nuestro sistema.....	131
3.4.5. El reconocimiento de la prestación; los grados de invalidez: una coordinación frustrada.....	138
3.4.5.1. Panorama general: el estado de la cuestión.....	140
3.4.5.2. Intentos comunitarios de coordinación: el artículo 40.4 y el anexo V del R. 1408.....	143

3.5. Críticas a la opción dual en la coordinación de la invalidez.....	154
4. EL RECONOCIMIENTO Y CONTROL MÉDICO DEL INVALIDO CUANDO RESIDE O SE ENCUENTRA EN UN ESTADO DISTINTO DEL COMPETENTE.....	163
5. LA AGRAVACIÓN DE LA INVALIDEZ.....	173
5.1. Supuestos en los que la prestación inicial- mente había sido concedida por una sola legislación.....	175
5.1.1. Cuando el trabajador no ha estado sometido a otra legislación desde la concesión o cuando ha estado sometido a otras en las que no ha generado derechos.....	178
5.1.2. Cuando el trabajador ha estado sometido a varias legislaciones desde la concesión.....	180
5.1.2.1. Complemento otorgado por la insti- tución originariamente competente.....	182

5.1.2.2. El caso de la legislación neerlandesa.	185
5.2. Supuestos en los que la prestación fue concedida originariamente por más de una legislación.....	188
5.3. Supuestos en los que la agravación determina el cumplimiento de requisitos en otras legislaciones a las que no se estuvo sometido después de la concesión de la prestación.....	189
6. RESTABLECIMIENTO DE LAS PRESTACIONES DESPUÉS DE SU SUSPENSIÓN O SUPRESIÓN.....	194
7. TRANSFORMACIÓN DE LAS PRESTACIONES DE INVALIDEZ EN PRESTACIONES DE VEJEZ.....	196
7.1. Transformación de las prestaciones de invalidez tipo B.....	198
7.2. Transformación de las prestaciones de invalidez tipo A.....	201
7.2.1. Transformación en pensión de vejez de la prestación de invalidez tipo A y derecho	

a prestaciones de invalidez en otros	
Estados.....	202
7.2.2. Prestación de invalidez tipo A y obtención	
de una pensión de vejez en otro Estado....	204
<u>CAPITULO SEGUNDO: TOTALIZACION DE PERIODOS Y LIQUI-</u>	
<u>DACION DE PRESTACIONES.....</u>	205
INTRODUCCION.....	206
1. REGLAS GENERALES PARA LA APLICACION DE LA TECNICA	
 DE TOTALIZACION EN LOS REGLAMENTOS 1408 Y 574.....	222
1.1. Períodos totalizables: períodos de seguro,	
 períodos de empleo y períodos de residencia...	223
1.1.1. Requisito de afiliación como premisa	
 previa a la totalización.....	232

1.2. Períodos superpuestos.....	236
1.3. Totalización de períodos en un plazo de tiempo determinado.....	246
1.4. Períodos cumplidos conforme a la legislación de un Estado Miembro no incluida en el campo de aplicación del Reglamento.....	248
1.5. Conversión de períodos.....	250
2. REGLAS DE TOTALIZACION EN LA INVALIDEZ "TIPO A"...	256
2.1. Regla general: crítica a la construcción reglamentaria.....	258
2.2. Regla de totalización para regímenes especia- les aplicables a trabajadores por cuenta ajena	263
2.3. Regla especial de totalización aplicable los trabajadores por cuenta propia.....	266
3. REGLAS DE TOTALIZACION EN LA INVALIDEZ "TIPO B"....	270
3.1. Regla general.....	271

3.1.1. Límite de períodos a totalizar: planteamiento del problema.....	275
3.1.1.1. Límite de períodos a totalizar en el Reglamento nº 3.....	277
3.1.1.2. Límite de períodos a totalizar en el Reglamento 1408.....	282
3.2. Reglas de totalización aplicables a los regímenes especiales de trabajadores por cuenta ajena.....	288
3.3. Reglas de totalización aplicables a los regímenes especiales de trabajadores por cuenta propia.....	292
3.4. Regla común aplicable a los regímenes especiales de trabajadores por cuenta ajena y a los regímenes especiales de trabajadores por cuenta propia.....	294
3.5. Totalización en caso de desempleo.....	297
4. LIQUIDACION DE PRESTACIONES.....	301
4.1. Liquidación en la invalidez tipo A.....	303

4.2. Liquidación en la invalidez tipo B.....	304
4.2.1. Cálculo de la prestación cuando el interesado tiene derecho a ella sin necesidad de totalizar períodos.....	305
4.2.2. Cálculo de la prestación cuando es necesario acudir a la totalización de períodos nacionales con los cumplidos en otros Estados.....	311
4.2.3. Períodos de seguro o de residencia inferiores a un año.....	316
4.2.4. Normas complementarias para la liquidación de prestaciones: la base reguladora en el caso español.....	324
4.3. Pénsmnes mínimas: complemento del artículo 50	344
4.4. Revalorización y nuevo cálculo.....	349
4.5. Reglas de no acumulación de prestaciones.....	354
4.5.1. Reglas generales.....	357

4.5.1.a).	Prohibición de percibir varias prestaciones de la misma naturaleza derivadas de un mismo período de seguro.....	359
4.5.1.b).	Posibilidad de aplicar las cláusulas a un beneficiario que percibe varias prestaciones.....	361
4.5.1.c).	Posibilidad de aplicar las cláusulas de reducción, suspensión o supresión a un beneficiario que ejerza otra actividad.....	363
4.5.2.	Las reglas anticúmulo del capítulo III, título III, del Reglamento 1408.....	364
4.5.2.1.	Reglas generales.....	366
4.5.2.2.	Acumulación de prestaciones de la misma naturaleza.....	369
4.5.2.3.	Acumulación de prestaciones de distinta naturaleza.....	371

CAPITULO TERCERO: LOS PROCEDIMIENTOS DE COORDINACION.. 375

1. LOS REGLAMENTOS COMO NORMAS DE COORDINACIÓN

ADMINISTRATIVA..... 376

1.1. Generalidades..... 376

**1.2. Preceptos aplicables a la solicitud y
tramitación de las prestaciones de invalidez
en el Reglamento 574..... 388**

1.2.1. Confusa estructuración normativa..... 388

**1.2.2. Inaplicación subsidiaria de las
reglas de tramitación de las
solicitudes de invalidez tipo B a
la tramitación de solicitudes de
invalidez tipo A..... 392**

**1.2.3. Preceptos aplicables a cada tipo de
invalidez..... 393**

**1.3. Estructura básica de los procedimientos
comunitarios..... 394**

1.3.1. En el supuesto de la invalidez tipo A.....	395
1.3.2. En el supuesto de la invalidez tipo B.....	397
2. INSTITUCIONES IMPLICADAS: INSTITUCIÓN COMPETENTE, INSTITUCIÓN DEL LUGAR DE RESIDENCIA, INSTITUCIÓN DEL LUGAR DE ESTANCIA.INSTITUCIÓN INSTRUCTORA.....	399
2.1. Institución Instructora.....	404
3. EL IDIOMA EN EL PROCEDIMIENTO DE COORDINACIÓN.....	407
3.1.- El idioma en la solicitud.....	408
3.1.1.- Referencia normativa.....	408
3.1.2.- Precisiones del Tribunal de Justicia.....	413
3.2. El idioma en la resolución y en su notifica- ción.....	418
3.2.1. Referencia normativa.....	418
3.2.2. La doctrina del Tribunal de Justicia.....	421

4. LA SOLICITUD DE PRESTACIONES..... 423

**4.1. Previsiones comunitarias para la solicitud
de prestaciones de invalidez "tipo A"..... 426**

**4.1.1. Ámbito de aplicación del artículo
35 del Rgto. 574..... 426**

4.1.2. Requisitos de la solicitud..... 429

4.1.3. Institución ante la que se presenta..... 435

4.1.4. Fecha de presentación..... 439

**4.2. Previsiones comunitarias para la solicitud
de prestaciones de invalidez "tipo B"..... 439**

4.2.1. Requisitos de la solicitud..... 440

**4.2.1.1. En los casos de presentación de la
solicitud en un Estado miembro en el
que resida, con independencia de que
éste sea o no competente..... 440**

4.2.1.2. En los casos de presentación de la solicitud en un Estado distinto al de residencia.....	443
4.2.1.2.a). Residencia en un Estado de la Unión y presentación de la solicitud en otro Estado también de la Unión.....	444
4.2.1.2.b). Residencia en un tercer Estado no miembro de la Unión.....	445
4.2.2. Institución ante la que se presenta la solicitud.....	446
4.2.2.1. Regla general: presentación de la solicitud en el Estado de residencia.....	447
4.2.2.2. Presentación de la solicitud directamente en el Estado a cuya legislación se estuvo sometido en último lugar aun cuando se reside en otro Estado de la Unión.....	449

4.2.2.3. Residencia en un Estado no	
miembro de la Unión.....	450
4.2.3. Fecha de presentación.....	455
4.3. Incidencia en la cuantía de la prestación	
de la existencia de miembros de la familia....	456
4.4. Otras obligaciones del solicitante y de las	
instituciones.....	460
4.4.1. Obligación de indicar las	
instituciones de seguro a las que	
se estuvo sometido.....	461
4.4.2. Confirmación de los datos aportados	
por el solicitante.....	462
4.5. Efectos de la presentación de la solicitud	
especialmente en la invalidez tipo B.....	463
5. TRAMITACIÓN DE SOLICITUDES.....	469
5.1. Reglas de tramitación en la invalidez tipo A..	470

5.1.1. Supuesto general: casos en los que el trabajador tiene derecho a prestaciones de la última institución a cuya legislación estuvo sometido.....	471
5.1.2. Tramitación cuando el interesado no tenga derecho a prestaciones en la primera institución a la que se dirige.....	476
5.1.3. Grado de invalidez: informes médicos y datos administrativos.....	477
5.2. Reglas de tramitación en la invalidez tipo B..	480
5.2.2. Contacto entre instituciones: traslado de la solicitud por la institución instructora; acreditación de cotizaciones.....	480
5.2.2.1. Traslado de la solicitud por la institución instructora.....	482
5.2.2.2. Acreditación de cotizaciones.....	483
5.2.2.3. Documentos que deben acompañarse a los formularios en estos casos: descoordinación legislativa.....	486

5.2.3. Trámite cuando únicamente están implicadas dos instituciones, la instructora y otra.....	487
5.2.4. Trámite cuando estén implicadas la institución instructora y otras dos o más instituciones.....	491
5.2.5. Posibilidad de cálculo conforme a las reglas de la invalidez tipo A. Períodos inferiores a un año.....	494
5.3. Reglas de instrucción referentes al grado de invalidez.....	498
6. LA RESOLUCIÓN.....	504
6.1. Forma de la resolución: nota de recapitulación y notificación.....	505
6.2. Plazos para interponer los recursos.....	511
6.3. Comunicación a las demás instituciones.....	514

7. TERMINACION PROVISIONAL: LOS ANTICIPOS SOBRE LAS	
PRESTACIONES.....	516
7.1. Pago de prestaciones a título provisional	
 y anticipos sobre las mismas: artículo 45	
 del Rgto. 574.....	518
7.1.1. Anticipos recuperables.....	523
7.1.2. Recuperación de prestaciones	
 abonadas provisionalmente o como	
 anticipos.....	525
7.2. Abono provisional de prestaciones en caso	
 de discrepancia sobre la legislación	
 aplicable o sobre la institución llamada a	
 abonarlas: artículo 114 del Rgto. 574.....	527
<u>CONCLUSIONES</u>.....	531
<u>BIBLIOGRAFIA</u>.....	564

ABREVIATURAS.

AL	Actualidad Laboral.
Ar.	Repertorio Aranzadi.
ArS.	Repertorio Aranzadi Social.
B.O.	Boletín Oficial.
B.O.E.	Boletín Oficial del Estado.
B.I.S.I.	Boletín de Información Sociolaboral Internacional (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales).
D.O.C.E.	Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial.
CE	Constitución Española.
CEE	Comunidad Económica Europea.
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero.
CEEA	Comunidad Europea de la Energía Atómica.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
Conv.	Convenio.
Co.Eu.	Comisión Europea.
Cir.	Circular.
CASSTM	Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes.
DL	Rev. Documentación Laboral.
Dr.Social	Rev. Droit Social.
GJCEE	Rev. Gaceta Jurídica de la CEE.

INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social.
JSP	Journal of Social Policy.
JTT	Journal des Tribunaux du Travail.
LGSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. LPL Ley de Procedimiento Laboral (Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral).
MTSS	Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
MTAS	Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
Noticias CEE	Rev. Noticias de la Comunidad Económica Europea.
Noticias UE	Rev. Noticias de la Unión Europea.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
ONU	Organización de Naciones Unidas.
R.D.	Real Decreto.
Rv.B.S.S.	Revue Belge de Seguridad Social.
RDT	Revista de Derecho del Trabajo.
R. de T.	Revista de Treball.
REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo.
Rec.	Recopilación de la Jurisprudencia del TJCEE.
Res.	Resolución.

Rgto. 1408	Reglamento (CEE) del Consejo, nº 1408/71, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (versión actualizada y modificada por el Reglamento (CEE) nº 118/1997, de 2 de diciembre de 1996, DOCE nº L 28, de 30 de enero de 1997).
Rgto. 574	Reglamento (CEE) del Consejo, nº 574/72, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) 1408/71 (versión actualizada y modificada por el Reglamento (CEE) nº 118/1997, de 2 de diciembre de 1996, DOCE nº L 28, de 30 de enero de 1997).
RIDL	Rivista Italiana di Diritto del Lavoro.
RInSS	Revista Internacional de Seguridad Social.
RISES	Revista de Instituciones Europeas.
RISS	Revista Iberoamericana de Seguridad Social.
RIT	Revista Internacional de Trabajo.
ROISS	Revista de la Organización Iberoamericana de la Seguridad Social.
RL	Rev. Relaciones Laborales.

RMTAS	Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
RPS	Revista de Política Social.
RSS	Revista de Seguridad Social.
RTSS	Revista Trabajo y Seguridad Social.
Se. Sociale	Revue de l'Office Fédéral des Assurances Sociales.
STCT	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
TS	Rev. Tribuna Social.
UE	Unión Europea.
VV.AA.	Varios Autores.

INTRODUCCION: JUSTIFICACION, OBJETO Y METODO DEL ESTUDIO.

Señalar hoy que la integración europea es uno de los procesos históricos de mayor trascendencia vividos por Europa en la última mitad del siglo es una afirmación que no necesita de mayores argumentos justificativos¹. Asegurar, así mismo, que la política social es -y debe ser- uno de los pilares sobre los que se asiente el armazón comunitario sólo supone dejar constancia de una idea compartida por la mayoría de las elites y por el común de las gentes europeas. Sin embargo, tanto una como otra afirmación nos sirven para crear el contexto en el que poder recordar que, tradicionalmente incluidas dentro de

¹ Con especial rotundidad se ha señalado que "la integración europea es el hecho económico, social y político más importante del período de la posguerra en esta parte del mundo", LANGENDOCK, P. VAN, en "El papel de los sistemas de Seguridad social en la creación del mercado único", en la obra colectiva "Los sistemas de Seguridad social y el mercado único europeo", Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1993. Desde el punto de vista de la Seguridad Social, tal importancia se daba ya a la integración de los Estados que entonces formaban la CEE que el legislador nacional de finales de los años sesenta y principios de los setenta argüía, como uno de los motivos que justificaban sus reformas más importantes en la materia, "un mayor acercamiento a los criterios generalmente adoptados por los sistemas de Seguridad Social de los países integrados en la CEE", como señala MONTOYA MELGAR, A., en "Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)", Ed. Civitas. Madrid 1992, pág. 407.

la política social, las normas de Seguridad Social de la hoy Unión Europea tuvieron asignado, desde el principio, un papel protagonista en la tarea de la construcción de la nueva realidad pluriestatal², papel que, estamos seguros, mantendrán, e incluso incrementarán, si realmente se quiere dar contenido al hecho de la Unión.

No fue casualidad, por tanto, que los constituyentes comunitarios dedicaran los tempranos Reglamentos tercero y cuarto a establecer las normas de coordinación de los distintos sistemas de Seguridad Social. Animados por el deseo de sentar las bases de una verdadera Comunidad, sus arquitectos fueron conscientes de que una de las libertades que garantizaban los Tratados, la libertad de circulación de trabajadores, sería letra muerta si no iba acompañada de las medidas necesarias para asegurar el mantenimiento de los derechos adquiridos o en curso de adquisición en materia de Seguridad Social.

El conocido artículo 51 del llamado Tratado de Roma, - que pasará a ser el número 42 en virtud de las variaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam-, sirvió para

² Quizás porque -parafrasando a ALONSO OLEA- las normas de Seguridad Social forman parte de la totalidad de la cultura europea actual ordenando, en buena medida, una amplia parcela de su realidad social, vid. ALONSO OLEA, M. "Introducción al Derecho del Trabajo", Ed. Civitas, Madrid 1994, pág. 18; o, con esta misma idea, tal vez porque las normas de Seguridad Social forman parte de la vida social y económica, de forma indisoluble, de los Estados europeos, vid. MONTOYA MELGAR, A., "Derecho y Trabajo", Ed. Civitas. Madrid 1997, pág. 54.

dejar constancia, en las normas constituyentes, de esa voluntad aseguradora en favor de los trabajadores comunitarios que se desplazaran dentro de la Comunidad de Estados que nacía. Los primeros Reglamentos 3 y 4, dictados en desarrollo del referido artículo 51, fueron sustituidos por los Reglamentos 1408/71 y 574/72 que, tras importantes modificaciones posteriores, son, básicamente, los que regulan hoy la que podríamos llamar Seguridad Social de la Unión Europea.

Llegados a este punto -y como señalamos en la memoria justificativa de nuestra elección de tema para la elaboración de tesis- podemos afirmar que los citados Reglamentos son las dos normas de Seguridad Social internacional de eficacia transnacional directa con un ámbito de aplicación territorial, personal y material más extenso e intenso. Desde su eficacia territorial, cabe decir que estas normas comunitarias se aplican hoy, obviamente, en los quince Estados europeos que forman la Unión y en los tres a los que los ha extendido el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Islandia, Noruega y Liechtenstein). En su ámbito personal se incluyen, además de los trabajadores de los Estados citados, en algunos aspectos, los del territorio polar de Groenlandia, por su vinculación con Dinamarca, y los trabajadores de los Estados con los que la Comunidad Europea tiene suscritos acuerdos de cooperación que contengan cláusulas de aplicación en materia de Seguridad Social.

Pero es desde el punto de vista de lo que hemos llamado su intensidad, desde donde cabe afirmar con mayor rotundidad que los Reglamentos comunitarios son las normas supranacionales de Seguridad Social que mayor número de prestaciones, y con mayor detalle, coordinan. Su ámbito de aplicación material incluye prestaciones -contributivas y no contributivas³- de enfermedad y maternidad; invalidez; vejez; muerte y supervivencia, en general, y, en particular, de orfandad y en favor de familiares; y de desempleo. El abanico protector que despliegan los Reglamentos nos sirve para afirmar que, en definitiva, su ámbito de aplicación material cubre, plenamente, el denominado "ideal de cobertura" de las llamadas sociedades occidentales⁴.

Utilizando estas líneas como introducción, no podemos abandonar el plano de la intensidad en la coordinación

³ Sobre la inclusión de las prestaciones no contributivas en los Reglamentos comunitarios así como sobre la incidencia que los Reglamentos tienen en el régimen jurídico para la concesión de nuestras prestaciones, sobre todo con respecto al requisito de la residencia, véase el interesante y detallado estudio de ALONSO GARCIA, B., "El régimen jurídico de la protección social del minusválido", Cívitas, Madrid 1997, en especial págs. 54-55 y 179-184. Un estudio global y crítico sobre la inclusión de estas prestaciones en los Reglamentos, su régimen jurídico comunitario y su incidencia en nuestro ordenamiento en SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C., "La aplicación del Derecho comunitario a las prestaciones especiales no contributivas", Ed. Comares, Granada 1997.

⁴ Véase sobre estos aspectos el ya clásico capítulo primero, sobre "Concepto y sistema de seguridad social", de la obra "Instituciones de Seguridad social" (15 ed.), ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.; Cívitas; págs. 19-53; Madrid 1997.

establecida por las normas comunitarias sin hacer referencia a dos últimas consideraciones. Primera, como cláusulas imprescindibles para establecer una adecuada coordinación de las prestaciones reseñadas, los Reglamentos construyen una sólida y compleja batería de reglas de conflicto que pretenden resolver el frecuente problema de cuál va a ser la legislación nacional aplicable, en cada caso concreto, de entre las varias que puedan entrar en juego. Segunda, los "legisladores" comunitarios no se olvidaron de la importancia que en el entramado que habían creado debían jugar las reglas de coordinación administrativa o de procedimientos, ni de la necesidad de la existencia de un órgano comunitario que tomara el pulso "diario" a la aplicación de las normas y que adoptara las medidas de detalle precisas para optimizar la coordinación establecida. A ambos aspectos intentaron dar respuesta suficiente. A la necesaria coordinación administrativa o procedimental, con el citado Reglamento 574/72, Reglamento de aplicación y desarrollo del 1408/71. A la imprescindible existencia del órgano comunitario que condujera la aplicación e interpretación de los Reglamentos, con la creación de la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes, siendo, como decimos, una de sus tareas esenciales la de resolver todas las cuestiones administrativas o de interpretación derivadas de las disposiciones de los Reglamentos⁵.

⁵ La composición, funcionamiento y tareas de la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores migrantes están reguladas en los artículos 80

Subrayada la relevancia de estas normas de coordinación, tampoco requiere grandes argumentaciones el poner de manifiesto que las prestaciones de invalidez son unas de las que más transcendencia tienen dentro de las de Seguridad Social y, por tanto, dentro de las que coordinan los Reglamentos. Dicho de otro modo, si en la definición de la Seguridad Social uno de sus elementos definitorios es la referencia conjunta a los riesgos que se protegen, en la individualización de estos hace ya tiempo que la invalidez ha pasado a formar parte del cuadro de honor de las situaciones amparadas por ella, siendo esta una de las razones de que los mecanismos protectores de la invalidez constituyan hoy uno de los pilares sobre los que se asientan los modernos sistemas de protección social.

Son muchos los problemas que plantean y, también hay que decirlo, solucionan las prestaciones de invalidez. Planteamiento y replanteamiento de su conceptualización, búsqueda de una estabilidad financiera para su mantenimiento, procedimientos que garanticen un acertado reconocimiento, sistemas de control periódico o permanente, etc, son algunas de las cuestiones que tienen pendientes todos los sistemas nacionales de Seguridad Social. Ahora bien, siendo cierto que todos tienen sobre la mesa estos asuntos, también es preciso resaltar que en cada uno de ellos las distintas cuestiones beben de fuentes alimentadas por unos manantiales que brotan de una evolución jurídico-

y 81 del Rgto. 1408.

social diferente. La singularidad nacional de estas prestaciones complica, necesariamente, la puesta en contacto de unas prestaciones nacionales con otras, y ello sin dejar al margen que al poner en relación unos sistemas con otros suelen surgir nuevos puntos de fricción.

No obstante, reconduciendo el tema al cauce que aquí nos interesa, debemos subrayar que la coordinación de estas prestaciones -junto con la de las prestaciones de vejez- es la que alcanza una mayor complejidad y trascendencia de entre las coordinadas en los Reglamentos comunitarios. Si en los sistemas nacionales estas prestaciones son las que copan la mayor parte del pastel protector, era lógico que en la coordinación comunitaria constituyeran parte de la quilla del buque de la Seguridad Social que rompe las fronteras europeas. Por ello, aunque solo fuera por lo que hemos señalado hasta aquí, creemos que quedaría más que suficientemente apuntalado el interés y justificación en afrontar el objeto de este estudio, que no es otro, obviamente, que el análisis de la coordinación de las prestaciones de invalidez en los Reglamentos comunitarios. No obstante, aún cabría dar un última razón quizás con una naturaleza más tangible, esto es, aunque empiezan a ser frecuentes los estudios sobre la denominada Seguridad Social comunitaria, se echan en falta, entre ellos, monografías que estudien en detalle, y con un planteamiento y metodología de conjunto, la coordinación de las diferentes prestaciones recogidas en los Reglamentos

individualmente consideradas. Cooperar a cubrir este hueco es un reto que sirve siempre de acicate a cualquier labor investigadora.

Escogidas, por tanto, dentro de la coordinación comunitaria las prestaciones de invalidez⁶ como objeto de nuestro análisis, hay que señalar que, como hemos apuntado, estas son las que tienen una coordinación más compleja en los Reglamentos. Su enmarañada regulación es, en buena medida, tributaria de los complicados mecanismos de protección establecidos en los distintos sistemas nacionales. En todos ellos, para definir las situaciones a proteger, se utilizan elementos diversos que van desde valoraciones o juicios médicos hasta la consideración o no de los períodos de seguro acreditados por el interesado a

⁶ Hemos mantenido, tanto en el título como en el cuerpo de la investigación, la denominación de prestaciones de invalidez, no obstante la sustitución habida en nuestra legislación del citado término por el de incapacidad (Ley 24/1997, de 15 de julio) -modificación que en nada ha afectado, de momento, a su régimen jurídico- por coherencia con la terminología usualmente empleada en los textos internacionales sobre Seguridad Social, y, en especial, por fidelidad a la que aparece en la última versión oficial de los Reglamentos comunitarios 1408/71 y 574/72, aprobada por el Reglamento (CE) nº 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, (DOCE nº L-28, de 30.1.1997), así como en los posteriores modificativos (Rgto. 1290/97, de 27.6.1997), denominación que, al tiempo, es la utilizada, al menos, en las versiones francesa -invalidité- e inglesa -invalidity- del citado Rgto. 118/97. Emplear, por ello, el término incapacidad sólo hubiera servido para enturbiar el entendimiento de esta materia, ya de por sí tenebrosa. Sobre la significación que podían tener los distintos conceptos en nuestra legislación, al menos hasta la modificación aludida, vid. OJEDA AVILES, A., "El concepto legal de invalidez en el Régimen General de la Seguridad social". RPS nº 109, enero-marzo 1976.

lo largo de su vida activa, por supuesto, pasando por otros muchos como la edad, la formación profesional del trabajador, sus niveles de rentas, o, en resumen, circunstancias de naturaleza y contenido diverso que dificultan la correlación de las distintas situaciones nacionales. Y ello, al margen de que no todos los elementos citados son tenidos en cuenta por todas las legislaciones, y, ni siquiera en aquellas en las que coinciden, su valoración no suele gozar de un alcance equiparable.

Básicamente, esa complicada coordinación se asienta sobre la distinción que establecen los Reglamentos entre dos tipos de prestaciones de invalidez, las invalideces tipo A y las invalideces tipo B. La aplicación de las reglas previstas para uno u otro tipo conlleva la aplicación de diferentes cláusulas en múltiples aspectos. Esencialmente, las reglas de coordinación de las invalideces tipo A se sustentan en normas específicamente estatuidas para ellas, por el contrario, las reglas de coordinación de las invalideces tipo B se apoyan sobre el esquema previsto para las prestaciones de vejez. El estudio de las reglas de coordinación de la invalidez en general supone, por tanto, el estudio de las reglas específicamente normadas para estas prestaciones y, a su vez, el examen, en gran medida, de las cláusulas previstas para la coordinación de la vejez, si bien, en este caso, hay que precisar que la remisión genérica que hacen los Reglamentos a las reglas de coordinación de las prestaciones de vejez

para que por ellas se rijan las prestaciones de invalidez tipo B exigirá reajustes en su aplicación e interpretación teniendo en cuenta la diferente naturaleza de ambas prestaciones.

Por último, dentro de la delimitación del objeto de análisis de nuestro estudio, quedaría por realizar una última acotación de importancia. Esto es, a la coordinación de las prestaciones de invalidez a las que nos vamos a referir es a las que conocemos en nuestra legislación como prestaciones de invalidez derivadas de riesgos comunes, dejando al margen, por tanto, la coordinación que los Reglamentos establecen para las prestaciones de invalidez derivadas de lo que denominamos tradicionalmente como riesgos específicos -accidentes de trabajo y enfermedades profesionales-. Desde el punto de vista de la normativa comunitaria -e, incluso, desde la diferente protección que estos riesgos tienen en los distintos Estados europeos, donde en alguno de ellos ni si quiera se distingue de la protección derivada de los riesgos comunes- las reglas que rigen la coordinación de las prestaciones que puedan surgir de los riesgos específicos tienen una configuración propia y, en gran medida, radicalmente diferente, a la que se establece para la coordinación de las prestaciones de invalidez derivadas de riesgos comunes. La inclusión de su estudio en esta obra -al margen de su indudable interés científico- desnaturalizaría nuestra intención de abordar, con una metodología global y cerrada, una de las más

importantes prestaciones que coordinan los Reglamentos, sin que nada aportara, desde esta perspectiva, el estudio de las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que, como indicamos, tienen una coordinación diametralmente opuesta, análisis que podría romper, incluso, la tonalidad del discurso que pretendemos.

* * * *

Si hasta aquí hemos acotado, en líneas generales, cuál va a ser el objeto de nuestro estudio, correspondería ahora reseñar el método de análisis que hemos empleado para alcanzarle. Desde este punto de vista, debemos señalar que, de algún modo, la obra responde a dos grandes grupos de cuestiones estrechamente unidas; uno de esos conjuntos incluiría el examen crítico de las que cabría denominar como reglas de coordinación de carácter sustantivo y, el otro grupo, respondería a los problemas de estructuración de las que, por contraposición, serían las reglas de coordinación de carácter adjetivo. Sin embargo, siendo cierto que los Reglamentos son parcos en la construcción de un procedimiento administrativo que sirva de cauce a la coordinación, y admitiendo el primero de los conjuntos una subdivisión metodológica que facilita su exposición, hemos

estructurado la monografía en tres capítulos que dan cabal satisfacción a la consecución del objeto propuesto.

En el capítulo primero exponemos detalladamente cómo configuran los Reglamentos las reglas de coordinación de las prestaciones de invalidez fundándose en la distinción que establecen entre las prestaciones de invalidez tipo A y las prestaciones tipo B -como ya hemos apuntado-. Tradicionalmente se viene afirmando que ambos tipos responden a dos concepciones de la invalidez contrapuestas que han necesitado, por ello, de reglas diferentes de coordinación. Veremos a lo largo del capítulo que tal justificación carece de un apoyo sólido, justificación que, incluso, la propia conformación reglamentaria desdibuja al precisar cuales serán las reglas que regirán cuando entren en contacto legislaciones tipo A y legislaciones tipo B, o cuando se establecen las reglas aplicables en los supuestos de agravación de las prestaciones de invalidez inicialmente reconocidas. En este capítulo primero también abordaremos otra cuestión de importancia capital y que no es otra que la ausencia en los Reglamentos de mecanismos eficaces que establezcan una correlación entre los distintos grados de invalidez existentes en las diferentes legislaciones de los Estados de la Unión, carencia que es, a nuestro entender, el mayor déficit del que adolece la coordinación comunitaria en materia de prestaciones de invalidez.

Pero si esas son dos de las mimbres maestras que sujetan el primer capítulo, en él se plantean, además, múltiples cuestiones que, en conjunto, dibujan lo que podríamos denominar como el cuadro esencial de la coordinación de la invalidez en los Reglamentos. En efecto, al hilo de cada tipo de invalidez se exponen, por ejemplo, las reglas que sirven para identificar cuál será la institución o instituciones competentes, en cada caso, para el reconocimiento y abono de las prestaciones, con alguna referencia específica a la problemática que ha planteado en nuestra jurisprudencia la obligación o no de que las instituciones españolas tengan que adelantar las prestaciones debidas por otras instituciones foráneas. Las cuestiones sobre el reconocimiento y control médico de la invalidez, las reglas que regulan la agravación de las prestaciones, así como las que rigen la transformación de las prestaciones de invalidez en prestaciones de vejez, completan el contenido del primer capítulo.

En el reconocimiento de las prestaciones de invalidez juega un papel primordial, además del estado invalidante del trabajador, los períodos de seguro que éste haya acreditado a lo largo de su vida activa. Estos van a tener trascendencia en diferentes aspectos, por ejemplo, para la cuantía de las prestaciones, para cubrir períodos de carencia específica, para calcular las prestaciones prorrateadas o proporcionales al tiempo de vinculación a una determinada legislación en relación con el período

total de períodos cumplidos en los distintos Estados en los que se trabajó, etc.

El capítulo segundo se dedica, por un lado, al estudio de la problemática que plantea la consideración individualizada de los períodos cumplidos por un trabajador en distintos Estados y a su consideración conjunta para el reconocimiento de las prestaciones en todos ellos, en términos técnicos, a la exposición y análisis de la técnica de totalización de períodos de seguro, empleo o residencia cuando esta totalización sea necesaria para el nacimiento, mantenimiento o recuperación del derecho a las prestaciones. El otro bloque de cuestiones que integra el contenido de este capítulo hace referencia a las técnicas o cláusulas de liquidación de las prestaciones, en definitiva, a la determinación económica de las mismas. Evidentemente el resultado final de esta operación tiene un indudable interés tanto para las instituciones, porque será la cantidad que deban abonar, cuanto para el interesado, pues ésta será la renta que vaya a percibir.

Afrontaremos, al hilo de la exposición de las cláusulas de liquidación de las prestaciones, una de las cuestiones que más problemas ha planteado en nuestra jurisprudencia y que no es otra que la del cálculo de la base reguladora de las prestaciones españolas calculadas al amparo de los Reglamentos comunitarios. Sin ánimo de exagerar, este problema ha sido "el contencioso" por excelencia que se ha

planteado, en esta materia, ante los Tribunales españoles. Finalmente, al lado de las reglas de liquidación de las prestaciones, como no podría ser de otro modo, estudiamos las cláusulas que regulan la no acumulación de prestaciones cuando un trabajador pueda tener derecho a varias en distintos Estados.

El último capítulo se dedica al estudio y exposición de las que hemos denominado reglas de coordinación de los procedimientos de concesión de las prestaciones en los distintos Estados. Es esta una materia normalmente relegada o marginada tanto por la doctrina como -incluso nos atreveríamos a decir- por los "legisladores" comunitarios. La deficiente regulación de estos aspectos en el Reglamento 574/72 y su inadecuada correlación, en muchos casos, con lo dispuesto en el Reglamento 1408/71, del que el primero es desarrollo, nos ha llevado a calificar al Reglamento 574/72 como un Reglamento olvidado. En todo caso, partiendo de las reglas establecidas en él, completadas, básicamente, por las Decisiones de la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, hemos tratado de completar y llevar a cabo una exposición globalizadora de las reglas que rigen el que podríamos denominar procedimiento comunitario para el reconocimiento de las prestaciones de invalidez.

Solo quedaría por añadir, para finalizar esta

necesariamente breve introducción, que las distintas cuestiones que componen el conjunto del estudio han sido analizadas con un planteamiento crítico, en muchos casos, y aderezadas, lógicamente, con las importantes aportaciones doctrinales y jurisprudenciales más sobresalientes que, hasta donde hemos podido alcanzar a conocer, se han producido en relación con esta materia.

CAPITULO PRIMERO. REGLAS DE COORDINACION.

**1.- LA INVALIDEZ: UNA CONTINGENCIA INCLUIDA EN EL CAMPO
DE APLICACIÓN MATERIAL DE LOS REGLAMENTOS
COMUNITARIOS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL.**

Decir hoy que la invalidez es una de las contingencias incluidas en el campo de aplicación material de los Reglamentos comunitarios⁷, y que, por tanto, las

⁷ Los Reglamentos comunitarios en materia de seguridad social son el Rgto. 1408/71, reglamento base, y el Rgto. 574/72, reglamento de aplicación del anterior. Los textos originales de estos Reglamentos, que sustituyeron a los Reglamentos 3 y 4, primeros que regularon esta materia, han recibido importantes y sucesivas modificaciones a lo largo de su vigencia. La última versión consolidada de ambos textos, al escribir estas líneas, es la aprobada por el Rgto. 118/97, de 2 de diciembre de 1996 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, en adelante DOCE, nº L-28, de 30 de enero de 1997), versión que, a su vez, ha sido modificada por el Rgto. 1290/97, de 27 de junio de 1997, (DOCE nº L-176 de 4.7.97), reglamento que ha tenido una rectificación de errores en el DOCE nº L-276 de 9.10.97. Sobre el concepto de Reglamento base y Reglamento de ejecución ver ALONSO GARCÍA, R., "Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo", Madrid 1989, pags. 54 y ss., y ALONSO GARCIA, R., "Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea", Ed. Ceura. Madrid 1994, pág. 221 y sus remisiones.

El campo de aplicación material de los Reglamentos comunitarios se define en el artículo 4 del Rgto. 1408. Por lo que ahora nos interesa el artículo 4.1 señala:

"Campo de aplicación material

1.- El presente Reglamento se aplicará a todas las legislaciones relativas a las ramas de seguridad social relacionadas con:

- a) las prestaciones de enfermedad y de maternidad;
- b) las prestaciones de invalidez, comprendidas las destinadas a mantener o mejorar la capacidad de ganancia;
- c) las prestaciones de vejez;
- d) las prestaciones de supervivencia;
- e) las prestaciones de accidente de trabajo y de enfermedad profesional;
- f) los subsidios de defunción;
- g) las prestaciones de desempleo;
- h) las prestaciones familiares."

prestaciones que de ella se derivan serán objeto de sus normas de coordinación, es una afirmación carente de novedad científica pero no de importancia. Los Reglamentos, ya desde sus orígenes⁸, colocaron a la invalidez dentro del cuadro de contingencias que eran el objeto de sus reglas, siguiendo con ello el que, podríamos decir, constituye el campo de aplicación material de los instrumentos internacionales en materia de Seguridad social definido en el Convenio nº 102 de la OIT⁹. No obstante la

Campo de aplicación material que, en buena medida coincide con el fijado en el Conv. 102 de la OIT y el fijado en nuestro sistema como señala SANCHEZ-URAN AZAÑA, Y. en "Seguridad Social y Constitución", Ed. Civitas, Madrid 1995, pág. 45. Sobre campo de aplicación material de los Reglamentos comunitarios existe una abundante bibliografía; solo por citar los más generales, habría que hacer referencia a WATSON, P. "Social Security Law of the European Communities", London 1980, págs. 93 y ss; existe una versión en castellano titulada "Derecho de las Comunidades Europeas en materia de Seguridad Social", traducida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Madrid 1983, inédito, pág. 207 y ss. RODRIGUEZ PIÑERO, M. "La Seguridad Social del los Trabajadores Migrantes en las Comunidades Europeas", Madrid 1982, pags. 113 y ss. RAEPENBUSCH, S. V. "La Seguridad Social de los Trabajadores migrantes en el Derecho Europeo", Madrid 1992, pags. 347 y ss. MONTOYA MELGAR, GALIANA MORENO y SEMPERE NAVARRO, "Derecho social europeo", Madrid 1994, pags. 210 y ss. COLINA ROBLEDO, RAMIREZ MARTINEZ y SALA FRANCO "Derecho social comunitario" Valencia 1995, pags. 201 y ss. SEMPERE NAVARRO y RIOS SALMERON "Ambito aplicativo de los Reglamentos comunitarios", en Cuadernos de Derecho Judicial nº XII, Madrid 1994, pags. 55 y ss.

⁸ La invalidez era una contingencia protegida también en los Rgtos. 3 y 4. Sobre el campo de aplicación material de estos Reglamentos vid RODRÍGUEZ PIÑERO, M., "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas", Madrid 1982, págs. 113 y ss.

⁹ Vid. CARRAUD, Michael, "Droit Social Européen", Publisud, París 1994. El Conv. 102 de la OIT, ratificado por España el 29.6.1988, dedica la parte IX, arts. 53 a 58, a las prestaciones de invalidez. A este respecto se ha dicho que en los Reglamentos comunitarios "en línea con el Convenio 102 de la OIT, se enumeran las [contingencias] que

falta de novedad de la aseveración, no hace desmerecer en absoluto, la trascendencia de la misma, pues no todas las prestaciones previstas y reguladas en las diferentes legislaciones nacionales se encuentran dentro del ámbito material del Rgto. 1408, con lo que, obviamente, no todas quedan afectadas por sus reglas de coordinación¹⁰.

quedan sujetas a la coordinación comunitaria, y que prácticamente son las constitutivas del actual "ideal de cobertura" (ALONSO OLEA)", MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.M.; SEMPERE NAVARRO, A., "Instituciones de Derecho social europeo", Madrid 1988, pág. 106. Sobre la concepción y contenido del "ideal de cobertura" véanse las interesantes reflexiones de ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L. en "Instituciones de seguridad social", Civitas, Madrid 1995, págs. 21-23, señalando que " en la actualidad puede hablarse de una estabilización de un ideal de cobertura que comprende el accidente personal, sea o no de trabajo, y la enfermedad común -incluida la maternidad- y profesional, cubriendo para ambos tanto la asistencia sanitaria y la recuperación como los defectos transitorios y permanentes -invalides- de renta; la vejez, o prolongación de la vida más allá de la edad en que ordinariamente existe capacidad de trabajo; la muerte, si el causante deja causabientes que de él dependan; el paro forzoso; y las cargas familiares, fundamentalmente concebidas como auxilios a quienes tengan a su cargo niños de corta edad", ideal de cobertura, como vemos, prácticamente coincidente con el campo de aplicación material de los Reglamentos.

¹⁰ "El Reglamento 1408/71 no abarca todas las prestaciones de Seguridad social previstas por cualquier legislación nacional de los Estados miembros", afirma RAEPENBUSCH, S.V. "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en el derecho europeo", Madrid 1992, pág. 347. A modo de ejemplo, un debate sobre su inclusión o no en los Reglamentos, y si se trata o no de una prestación de invalidez, se desarrolla actualmente sobre el nuevo seguro de asistencia de larga duración alemán; sobre este seguro puede verse GOERKE, L. "Introducción del seguro de asistencia de larga duración en Alemania: una interpretación económica", RISS; nº 4-1996, págs. 29 y ss. "El Reglamento 1408/71 no se aplica a la coordinación de cualquier normativa de Seguridad social, sino sólo a la de aquellas normas relacionadas con determinadas contingencias", COLINA ROBLEDO, M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.; SALA FRANCO, T., "Derecho social comunitario", Valencia 1995, pág. 201.

Sin embargo, y a pesar de la toma en consideración de la invalidez por las normas comunitarias, no encontramos en los Reglamentos un concepto que sirva para identificar con precisión la realidad a la que nos estamos refiriendo¹¹. Los Reglamentos utilizan el término pero no lo definen, quizás porque dan por supuesto su significado o tal vez porque son conscientes de la dificultad de la empresa. Se refieren a la contingencia evitando deslindar un terreno cuyo amojonamiento sería fuente de conflictos, a lo peor insalvables, entre los distintos Estados llamados a buscar una noción consensuada.

Definir la invalidez, en todo caso, y como veremos en el siguiente epígrafe, no sólo es una tarea difícil para los Reglamentos, también es una empresa complicada en sí misma por la complejidad de precisar, con carácter genérico, a qué nos estamos refiriendo al hablar de ella y, de forma concreta, por la dificultad que entraña la graduación de las diferentes situaciones que se protegen dentro del concepto genérico, o, dicho en otras palabras, "la invalidez permanente, como riesgo humano cuya protección entra en el ámbito de cobertura de la Seguridad

¹¹ Algún autor ha señalado que "el problema fundamental de coordinación de las prestaciones económicas por invalidez está originado por la ausencia de una definición comunitaria de la invalidez en los reglamentos y por la diversidad conceptual de las legislaciones nacionales coordinadas", FERRERAS ALONSO, F., "Problemas de coordinación comunitaria de la legislación española sobre prestación de incapacidad temporal e invalidez", pág. 315, en VVAA, "La Seguridad social española y la adhesión a las comunidades europeas. Problemas de armonización y coordinación", Madrid 1981.

social, es de difícil concreción, tanto para dar su concepto central, como para evaluar los grados en que se manifiesta"¹². Es cierto que en los Reglamentos tampoco se definen otras contingencias, pero no es menos cierto que conceptos como jubilación, viudedad, orfandad, etc, tienen una mayor similitud en los diferentes Estados, aunque, después, en ellos, se exijan requisitos distintos para su concesión.

En todo caso, la falta de definición de la invalidez en los Reglamentos no es una opción compartida por todos los textos internacionales de Seguridad social. Convenios como el 102 de la OIT o el Código Europeo de Seguridad social intentan delimitarla aunque sea, al menos, desde el punto de vista de su contenido. Así, el Convenio 102¹³, partiendo de una concepción clásica de la invalidez, señala, en su artículo 54, que "la contingencia cubierta deberá comprender la ineptitud para ejercer una actividad profesional en un grado prescrito, cuando sea probable que esta ineptitud será permanente o cuando la misma subsista después de cesar las prestaciones monetarias de enfermedad"¹⁴. Por su parte, el Código Europeo de

¹² ~~ALVAREZ DE LA ROSA, J.M. "Invalidez permanente y Seguridad social", Cívitas, Madrid 1982, pág. 23.~~

¹³ Ratificado por España el 29.6.1988.

¹⁴ La nota de temporalidad es la que diferencia a la incapacidad temporal de la incapacidad permanente, como señalan TORTUERO PLAZA, J.L. y SANCHEZ-URAN AZAÑA, Y. en "La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva", Madrid 1996, pág. 23.

Seguridad Social¹⁵, en línea con el anterior, señala, también en su artículo 54, refiriéndose a la invalidez, que "la contingencia cubierta comprenderá la incapacidad para ejercer una actividad profesional, en un grado prescrito, cuando sea probable que dicha incapacidad tenga carácter permanente o cuando subsista después del cese de la indemnización por enfermedad". Conceptos ambos que, por otro lado, recuerdan en gran manera a nuestra legislación¹⁶.

Ambas definiciones parten de un concepto de invalidez de carácter profesional. Sin embargo, también encontramos textos internacionales que responden al concepto de incapacidad general o de incapacidad de ganancia¹⁷. El Convenio nº 121 de la OIT, relativo a las prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, -no ratificado por España-, en su artículo 6 c), al delimitar su ámbito protector, se refiere a la invalidez como "pérdida total de la capacidad para ganar o pérdida

¹⁵ Hecho en Estrasburgo el 16 de abril de 1969, ratificado por España el 4 de febrero de 1994, entró en vigor el 9 de marzo de 1995.

¹⁶ Véase sobre este particular ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L. "Instituciones de seguridad social", Civitas, Madrid 1995, págs. 95 y ss. y 260 y ss que refiriéndose a nuestra legislación y recordando, como decíamos, los conceptos vistos, señalan que la nota de permanencia "es esencial para la calificación de la invalidez" y que hay que declarar la invalidez agotados los plazos de incapacidad temporal, durante los que se percibirán las prestaciones monetarias que los Convenios indicados llaman de enfermedad.

¹⁷ Sobre los diferentes conceptos de invalidez véase lo que decimos en el epígrafe 2 de este capítulo.

parcial que exceda de un grado prescrito, cuando es probable que dicha pérdida total o parcial sea permanente, o disminución correspondiente de las facultades físicas". Concepto este que también recoge, junto con el de incapacidad profesional, el Código Europeo de Seguridad Social (revisado), de 6 de noviembre de 1990, -tampoco ratificado por España-, donde, en su artículo 58, al referirse a la invalidez, se dice que "las contingencias cubiertas deberán incluir:

- a) La incapacidad para el trabajo o para la percepción de haberes en un grado prescrito, si se trata de una persona económicamente activa;
- b) La incapacidad para dedicarse a sus ocupaciones en una medida prescrita, si no se trata de una persona económicamente activa".

E incluso en este último Código, dando un paso más allá en las concepciones clásicas de la invalidez, se prescribe, en su letra c), que la protección de esta contingencia incluirá "la incapacidad en un grado prescrito de un hijo como resultado de una minusvalía congénita o de una invalidez acaecida antes de la edad de terminación de la escolaridad obligatoria, cuando sea probable que dicha incapacidad será permanente o cuando subsista al expirar un período prescrito de incapacidad temporal o inicial".

En todo caso, la renuncia a la elaboración de un concepto de invalidez por parte de los Reglamentos no es más que un reflejo del abandono de una línea armonizadora en materia de seguridad social por parte de las normas comunitarias. Sin entrar en el antiguo y, en buena medida, sostenido debate que cuestiona si los Reglamentos deben optar por una labor armonizadora, convergente o simplemente coordinadora de las distintas legislaciones nacionales¹⁸, si que debemos dejar constancia, no obstante, de que la mayoría de los autores aceptan la opción coordinadora de los Reglamentos e incluso la justifican. Así, por ejemplo, y desde el punto de vista conceptual, que es el que ahora nos interesa, se ha afirmado que "sería sumamente difícil dar una amplia definición de la Seguridad social, a la que se atuviera la reglamentación comunitaria en materia de Seguridad social de los trabajadores migrantes para delimitar su campo de aplicación material", señalando, en concreto, que, "por lo demás, el Reglamento núm. 1408/71 no tiene en modo alguno por objeto definir lo que es o no es una prestación de Seguridad social, labor que podría ser muy aleatoria, si se tienen en cuenta las disparidades existentes entre las legislaciones nacionales a este respecto, a las que no se trata de armonizar, y la

¹⁸ Sobre esta materia, es de obligada referencia el ya maduro estudio "Armonización de la Seguridad social en la C.E.E.", VVAA, coordinación y selección: Luis Enrique de la Villa Gil, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1975. Una exposición más reciente del debate en, OJEDA AVILES, A. "El sistema común europeo de Seguridad social", tirant lo blanch, Valencia 1997.

evolución constante de la noción de Seguridad social"¹⁹

Ahora bien, ni los Reglamentos enmarcan la contingencia, ni la tarea es fácil para el intérprete si tratamos de deducir un concepto de invalidez partiendo de las distintas consideraciones tenidas en cuenta por las diferentes legislaciones nacionales, persiguiendo con ello intentar conseguir un concepto que nos pudiera resultar válido en toda la Unión y, por extensión, en la aplicación e interpretación de los Reglamentos. La diversidad entre los sistemas nacionales es tal que algún autor ha señalado, de forma radical, que "quizás podríamos considerar como único rasgo común de los diversos países comunitarios en materia de invalidez el que en todos ellos se reconoce alguna prestación económica por la Seguridad social durante tal contingencia"²⁰.

No obstante la diversidad legislativa y conceptual apuntada, y tratando de centrar metodológicamente el estudio, podemos afirmar, desde el plano de la protección de la contingencia, que es el que realmente coordinan los Reglamentos, que ésta tiene en común, en todas las legislaciones de la Unión, esencialmente, un carácter

¹⁹ RAEPENBUSCH, S.V. "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo", opus cit., pág. 347.

²⁰ OJEDA AVILES, A. "Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea", Madrid 1994, pag. 43.

bifronte²¹. Esto es, la cobertura de la invalidez da derecho, fundamentalmente, a prestaciones de enfermedad y a prestaciones económicas, o, en terminología clásica, a prestaciones en especie y prestaciones en metálico. Empero, el régimen de las prestaciones de enfermedad que se pueden derivar de las prestaciones de invalidez no será objeto de estudio en estas páginas, pues suele recibir un tratamiento conjunto con todas las prestaciones de enfermedad cuyo derecho se genera de las diversas relaciones jurídicas de Seguridad social, aunque es posible que, en algún aspecto, las prestaciones de enfermedad derivadas de la contingencia de invalidez se otorguen con un mayor grado de generosidad²².

Es, por consiguiente, a la vertiente de la protección económica de la invalidez y a su coordinación en los Reglamentos comunitarios a la que vamos a dedicar nuestro estudio, protección que, como hemos señalado, es el único, o el más destacado, rasgo en común de las diferentes legislaciones.

²¹ Decimos que tiene esencialmente este carácter bifronte porque, los que vamos a indicar, son los dos tipos de cobertura más importantes, pero también todos los sistemas nacionales de protección de la invalidez comprenden prestaciones recuperadoras y rehabilitadoras (Vid. FERRERAS ALONSO, F. "Panorámica de los sistemas de Seguridad social en los países comunitarios", Relaciones Laborales, I-1993, pág. 1123) que no trataremos porque no son objeto de las normas de coordinación.

²² La coordinación de las prestaciones de enfermedad se realiza en el capítulo I del Título III del Rgto. 1408.

Esta vertiente, por otro lado, suele ser el objetivo fundamentalmente requerido por el trabajador inválido, el cual, como consecuencia de su estado, ve reducidas o acenagadas las fuentes de sus ingresos²³. Ahora bien, técnicamente hablando, el que nos centremos, siguiendo la estela de los Reglamentos, en la coordinación de la cobertura económica de la invalidez, no supone que nos ciñamos a un aspecto menor de la contingencia, todo lo contrario, la importancia de las prestaciones económicas en la protección de la invalidez es de tal calado que ha llevado a la OIT a afirmar, tratando de salvar las distintas concepciones nacionales y centrándose en la esencia de su protección, que "la invalidez es una contingencia cubierta mediante prestaciones monetarias"²⁴. Es esta protección económica de la invalidez en las distintas legislaciones, como hemos apuntado, prácticamente el único aspecto que coordinan los Reglamentos a través de las reglas de totalización y prorrateo, dado que los "legisladores comunitarios" no han sido capaces, como veremos, ni siquiera de coordinar el reconocimiento de los diferentes grados de invalidez.

²³ Señalan OLEA Y TORTUERO que la invalidez considerada como "enfermedad prolongada" o como "vejez prematura" tiene "como rasgo definitorio la reducción o eliminación de la posibilidad de obtener rentas de trabajo", ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., "Instituciones de Seguridad Social", decimocuarta edición, Madrid 1995, pág. 260.

²⁴ OIT, "Introducción a la Seguridad social", Ginebra 1987, pág. 83.

En todo caso, y teniendo en cuenta lo dicho hasta ahora, la primera conclusión que podemos aventurar, que no por simple carece de interés, es que no existe un concepto comunitario de invalidez, pero que, siendo la invalidez una contingencia protegida económicamente por todas las legislaciones comunitarias²⁵, es tomada en cuenta, desde esta perspectiva, por las normas de coordinación comunitaria.

Por último, también vamos a dejar apuntado en este momento, para que nos sirva de ayuda en la exposición subsiguiente, que la coordinación de la protección económica de la invalidez en los Reglamentos va a ser diferente, y esto sí es esencial, no en función del concepto de invalidez propio de cada legislación, como es lógico por lo que hemos dicho, sino en función del sistema de cálculo de la prestación económica. Los Reglamentos, como analizaremos en los epígrafes siguientes, han estructurado dos tipos de coordinación para las

²⁵ Véanse al respecto los cuadros comparativos del documento MISSOC-96. Así mismo, en el informe del Inst. Max Planch, una de sus conclusiones es que "el riesgo de invalidez esta cubierto en todos los países comunitarios por los respectivos regímenes generales de Seguridad Social, y que en ningún país se confunde con el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, para lo cual, a excepción de los Países Bajos existen instituciones de seguros específicas. El hecho de que la invalidez está cubierta por la Seguridad social significa también que en todos los Estados miembros, si no toda la población residente, al menos todos los trabajadores por cuenta ajena y asimilados están protegidos contra el riesgo de invalidez", pág. 89. Sobre el documento MISSOC-96 y sobre el informe del Inst. Max Planch véanse las notas a pie de página del apartado segundo de este capítulo.



prestaciones de invalidez, uno, para aquellas prestaciones otorgadas por las que vamos a denominar legislaciones tipo A y, otro, para aquellas concedidas por las que denominaremos legislaciones tipo B. Las distintas legislaciones nacionales se incluyen en un tipo o en otro, esto es, en el tipo A o en el tipo B, en función de que consideren o no, en el cálculo de la prestación económica, los períodos previos de cotización o aseguramiento que haya podido cumplir el beneficiario. Esto es, si el cálculo de la prestación económica es independiente de los períodos de seguro cotizados por el interesado estaremos ante legislaciones tipo A y serán aplicables las reglas de coordinación de las que, para simplificar, vamos a denominar reglas de invalidez tipo A, por el contrario, si la prestación depende de los períodos de cotización previos, en todos o en alguno de los Estados afectados, las reglas aplicables serán las de la invalidez tipo B, por que son tipo las legislaciones que vinculan la prestación a los períodos de cotización.

2.- ALGUNOS ASPECTOS MAS DESTACADOS SOBRE LAS DIVERSAS CONCEPCIONES DE LA INVALIDEZ EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA.

A pesar de que el concepto de invalidez no implicará, en principio, una distinta coordinación de las

legislaciones, consideramos interesante, no obstante, realizar algunas reflexiones lo suficientemente ponderadas sobre los elementos básicos tenidos en cuenta en el derecho comparado para definir o describir la invalidez; pues no podemos olvidar que esos elementos nacionales planean sobre la interpretación de las reglas comunitarias y tanto al intérprete como al legislador comunitario les es difícil substraerse de los condicionamientos que el conocimiento detallado de sus sistemas nacionales les imponen. Pero, sobre todo, lo que va a aflorar, en este breviarío conceptual, es lo que podríamos denominar como descomposición de los conceptos teóricos para dar paso a las concepciones pragmáticas y particularistas de cada legislación nacional. Esto es, los conceptos de invalidez que se manejan en los Estados de la Unión son conceptos propios y muy particulares de cada país, lo que en buena medida ha dificultado, por un lado, la elaboración de un concepto en los Reglamentos y, por otro, que puedan darse pasos más allá de la coordinación.

Renunciando a un análisis de la evolución histórica del concepto de invalidez²⁶, que no obstante su interés

²⁶ Un estudio sobre la evolución histórica del concepto de invalidez se hace por ALVAREZ DE LA ROSA, J.M., en "Invalidez permanente y Seguridad social", Civitas, Madrid 1982. En cualquier caso, anotar simplemente, que el concepto de invalidez y su protección estuvo unido, originariamente, a la protección de la indigencia, entendida por VENTURI como un "estado en el que el individuo o la familia son expuestos a privaciones y sufrimientos a causa de la carencia o de la temporal indisponibilidad de los medios para satisfacer sus propias necesidades esenciales", "I Fondamenti scientifici della

desbordaría el cauce trazado al presente estudio, nos vamos a acercar a su configuración a través del análisis de las distintas legislaciones nacionales. Con idéntica metodología, el examen de los diferentes sistemas nacionales ha permitido a la OIT llegar a la conclusión de que podrían distinguirse tres conceptos de invalidez²⁷:

- " 1. Invalidez física. Pérdida total o parcial de cualquier parte del cuerpo o de cualquier facultad física o mental, independientemente de sus consecuencias económicas o laborales.
2. Invalidez profesional. Pérdida de capacidad para ganar que resulta de la imposibilidad de continuar desempeñando la ocupación que se ejercía anteriormente.
3. Invalidez general. Pérdida de la capacidad para ganar que resulta de la imposibilidad de aprovechar cualquiera de las oportunidades que ofrece el mercado del empleo, aunque se esté dispuesto a cambiar de ocupación y a aceptar un nivel profesional o social más bajo."

Aunque en una abstracción teórica la OIT pudo llegar

sicurezza sociale", Guiffré, Milan 1954, pág. 1.

²⁷ OIT, "Introducción a la Seguridad social", Ginebra 1987, pág. 84.

a estos conceptos, en realidad reconoció que es muy difícil encontrar legislaciones que los acojan en estado puro. Lo más frecuente es encontrar legislaciones que, haciendo hincapié en uno de ellos, sobre todo en cualquiera de los dos últimos, toman elementos de uno y de otros²⁸ para la configuración del que podríamos denominar concepto nacional²⁹; "por ejemplo, -como señala la propia OIT en su estudio- la invalidez general puede dar derecho a pensión

²⁸ Sobre estos conceptos, y su consideración en la doctrina comparada, vid. OJEDA AVILES, A., "El concepto legal de invalidez en el Régimen General de la Seguridad social", Rev. Política Social, nº 109 (enero-marzo, 1976), pág. 47, que siguiendo las pautas fijadas ya entonces por la OIT, señala que los criterios que determinan las distintas consideraciones apuntadas son: el fisiológico, el profesional y el socio-económico.

²⁹ Es ilustrativa y muy interesante, a este respecto, la reflexión que hacen ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L. al hilo de las resultas del accidente de trabajo, reflexión que es extensible, no obstante, al tratamiento que estamos dando a la invalidez con carácter general. Señalan estos autores que "existen dos criterios básicos con los cuales el derecho positivo puede enfrentarse con el problema de evaluar los daños producidos por el accidente de trabajo: el de la severidad fisiológica de la lesión y el de los efectos de la lesión sobre la capacidad para el trabajo del accidentado. En muchos casos ambos criterios coinciden: una lesión anatómica o funcional severa normalmente se corresponde con una fuerte limitación para el trabajo de quien la padece. Pero como la capacidad para el trabajo puede referir no al trabajo en general, sino a trabajo determinado -habitual del accidentado o el que realizaba al tiempo de accidentarse- este dato puede cualificar la lesión; la pérdida de visión de un ojo, por ejemplo, no tiene la misma repercusión para un conductor de camión que para un barrendero; no la pérdida de extremidad inferior para un minero que para un cajero.

El criterio de 'profesionalidad' de la incapacidad es hoy objeto de una crítica según la cual a lo que debe atenderse es a la capacidad residual -tras la rehabilitación, en su caso- genérica, y no la específica previa al accidente, que el transcurso del tiempo tiende a hacer irrelevante"; "Instituciones de Seguridad social", decimocuarta ed., opus cit., pág. 94.

completa y la invalidez profesional a pensión parcial, o bien la invalidez general puede ser la regla fundamental según la legislación, pero la invalidez profesional debe aplicarse en el caso de una persona ciega mayor de cincuenta y cinco años"³⁰.

Hemos dicho que las legislaciones fundamentalmente se apoyan en los dos últimos conceptos porque "son contadas las legislaciones que se fundan en el principio de la invalidez física, ... cuyo origen ... probablemente se remonta a las primera leyes sobre pensiones, cuyo objeto era indemnizar a los mutilados de guerra"³¹. Apoyándonos en esta premisa, intentaremos simplificar, si es que ello es posible, el pretendido análisis renunciando desde ahora a la consideración de esta concepción.

Tomando, por tanto, como parámetros a seguir las definiciones expuestas en los puntos dos y tres, esto es, las que hemos llamado invalidez profesional e invalidez general³², lo primero que nos encontramos, al acercarnos

³⁰ OIT, opus cit., págs. 84-85.

³¹ OIT, opus cit., pág. 84.

³² Algunos autores consideran, en términos semejantes a los que hemos visto en la OIT, y siguiendo en este punto a BLEY, H. ("Sozialrecht", Alfred Metzner Verlag, Francfort, 1988, pág. 47-48) que la distinción básica de los diferentes modelos o sistemas para proteger la invalidez "se encuentra entre los que acogen el concepto de incapacidad profesional y los que optan por el de incapacidad de ganancia, ambos conceptos referidos al elemento de comparación con el cual se debe contrastar la capacidad restante del trabajador", OJEDA AVILES, A. "Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea", opus

con estos moldes a la normativa de los diferentes Estados miembros, es que prácticamente, como apuntábamos con carácter general, todos los sistemas participan de los dos en diversa medida. Las dos categorías o tipos, unidas a otras consideraciones particulares, les sirven a las distintas legislaciones para establecer diferentes grados de protección con prestaciones variadas; grados y consideraciones particulares de cada Estado³³ que contribuyen a una protección tan diseminada que ha hecho, prácticamente, renunciar a la posibilidad de construir unas plantillas que, colocadas sobre cada sistema, permitieran un acertado diagnóstico teórico de su estructura y su coordinación con otros de características similares³⁴.

cit., pág. 45.

³³ Quizás por la importancia de estos aspectos se ha señalado, refiriéndose a nuestro sistema, que "los dos rasgos fundamentales del concepto de invalidez ... [son]: la graduación de incapacidades y el criterio de calificación", OJEDA AVILES, A., "El concepto legal de invalidez en el Régimen General de la Seguridad social", opus cit., pág. 22.

³⁴ "La Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes, con el ánimo de potenciar y relanzar la funcionalidad del Anexo V del Rgto. 1408 en el que, para aplicar el artículo 40.4 del mismo Reglamento, establece la concordancia de las condiciones sobre el estado de invalidez entre las legislaciones de los Estados miembros (véase sobre este particular el epígrafe 3.4.5.2 de este capítulo), encargó al "Instituto Max Plank para el derecho social extranjero e internacional", de Munich, el análisis de las distintas legislaciones de los Estados miembros para que extraiga las conclusiones válidas para la concordancia de las legislaciones". El informe elaborado por el citado Instituto, del que el anterior párrafo es su nota de presentación, está unido a las Notas de la Comisión Administrativa números 54/88 y 303/90, siendo quizás su conclusión más válida la existencia de grandes diferencias entre los sistemas de protección de unos Estados y otros, diferencias que se marcan más cuando ni siquiera en un mismo Estado los sistemas de protección

No obstante estas reflexiones, podemos resaltar, como rasgo común a las diferentes legislaciones, que en todas ellas la invalidez supone una merma más o menos acentuada y con carácter permanente de la capacidad de trabajo como consecuencia de una enfermedad, física o mental que tiene como resultado el imposibilitar o disminuir las ganancias del trabajador³⁵. Para determinar si existe esa merma de la capacidad de trabajo todos los sistemas tienen en cuenta, fundamentalmente, en primer lugar, el estado de salud del trabajador desde el punto de vista médico³⁶, por ello, en la totalidad de los países, se exige "la demostración de una incapacidad laboral por causa de enfermedad, lesión o dolencia"³⁷, pero a partir de ahí comienzan múltiples variaciones. En definitiva, en todos los Estados, aún partiendo de una de las concepciones de

son uniformes, como suele ser lo habitual. En lo sucesivo nos referiremos a este estudio como "informe del Inst. Max Plank".

³⁵ "En todos los países comparados se entiende por invalidez la limitación concreta y duradera de la capacidad laboral debido a carencias físicas o psíquicas", "informe del Ins. Max Plank", cit., pág. 18. Las enfermedades psíquicas siempre han sido mal asumidas en el concepto de invalidez por los juristas, tanto en la doctrina nacional como en la comparada, e incluso "despreciadas ... por las dificultades de prueba"; un interesante resumen de la dificultad y el debate que suscitó en la doctrina italiana la consideración de estas enfermedades en OJEDA AVILES, A., "El concepto legal de invalidez en el Régimen General de la Seguridad social", opus cit., págs. 27-28.

³⁶ FERRERAS ALONSO, F. "Panorámica de los sistemas de Seguridad social en los países comunitarios", Relaciones Laborales, tomo I-1993, pág. 1123.

³⁷ BLOCH, F.S. "Evaluación de la invalidez: trámite de la solicitud de la pensión y apelaciones en seis naciones", RISS, nº 1/1994, pág. 17.

la invalidez señaladas³⁸, se van a asumir, en mayor o menor medida, elementos de la otra, además de aquellos que puedan resultar singulares de su sistema³⁹, elementos que, considerados en su conjunto, van a construir un concepto propio de cada legislación.

Por ejemplo, una legislación que toma en su concepto la idea de la invalidez como pérdida de la capacidad de

³⁸ Para BLEY (opus cit. pág. 199) "la diferencia entre una y otra reside básicamente en que el punto de referencia va a ser, ya la profesión desempeñada hasta ahora por el inválido, ya todo el ámbito profesional en su conjunto, el mercado laboral general", citado por OJEDA AVILES, A. en su obra "Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea", opus cit., pág. 45.

³⁹ En este sentido es ilustrativa la siguiente información de BLOCH, F.S., que aunque referida a los Estados que son objeto de su estudio, es prácticamente extensible a los demás Estados, al menos, de la Unión, información en la que se refleja que a partir de la consideración de la enfermedad se tienen en cuenta distintos factores y en diversa medida en cada país para la calificación de la enfermedad: "Cada uno de los países comprendidos en el estudio efectúa una evaluación semejante, dividida en dos etapas, para determinar el derecho a una pensión de invalidez. Primero, debe existir un deterioro subyacente, físico o mental, que menoscabe la capacidad de trabajo del peticionante. Después, se consideran varios factores profesionales tales como la edad, la educación y la experiencia laboral pasada, para determinar qué grado de trabajos se puede esperar que ejecutará el interesado ... En cada país, se considera el nivel de educación y la anterior experiencia laboral del solicitante; salvo los Países Bajos, todos los demás también tienen en cuenta la edad. En Suecia se examina asimismo una serie de otros "factores sociales", como la situación familiar del interesado, la posibilidad de mudarse a otra parte del país y las de adiestramiento por intermedio de los servicios locales de trabajo y mercado", "Evaluación de la invalidez: trámite de la solicitud de la pensión y apelaciones en seis naciones", opus cit., pág. 17.

ganancia es la belga⁴⁰. Sin embargo, evalúa esta circunstancia, durante los seis primeros meses de la invalidez, "en relación con la profesión del interesado"⁴¹, elemento básico del concepto de invalidez profesional. Dinamarca, con un seguro de invalidez que ampara a la población, comprendiendo diferentes situaciones y una protección muy diversificada, podríamos decir que parte, por lo que aquí nos interesa, y a pesar de la dificultad de calificar el sistema danés, de un concepto de invalidez próximo al profesional, pues la considera,

⁴⁰ En Bélgica, "se considera inválido al trabajador que, por causa de enfermedad o minusvalía, ve reducida su capacidad de ganancia en dos tercios de la ganancia normal de un trabajador de la misma categoría y formación", MISSOC-1993, pág. 138. El documento MISSOC (Social Protection in the Member States of the European Union, en su versión inglesa) se ha traducido en ocasiones precedentes por el Ministerio de Trabajo denominándole "Cuadros comparativos sobre la protección social de los Estados miembros en la Comunidad Europea". Es un documento que se elabora cada dos años y se actualiza trimestralmente con las modificaciones introducidas por cada Estado en su legislación. En adelante lo citaremos como MISSOC-93 o MISSOC-95, dependiendo a cual nos refiramos, pues son estos dos últimos los que utilizaremos salvo que otra cosa se diga; en la medida en que no hayan existido variaciones las remisiones serán al MISSOC-93 por existir traducción al castellano elaborada por el Instituto Nacional de la Seguridad social.

⁴¹ PIETERS, D., "Introducción al derecho de la seguridad social de los países miembros de la Comunidad Económica Europea", (coordinador TORTUERO PLAZA, J.L.), Civitas, Madrid 1992, pág. 45. Con relación a la invalidez se indica en el "informe del Inst. Max Plank", opus cit. pág. 20, que en Bélgica "los riesgos de enfermedad e invalidez se encuentran tradicionalmente vinculados dentro del régimen belga de Seguridad social, siendo las mismas instituciones de seguro competentes para ambos riesgos. En el régimen belga la invalidez no puede deslindarse de la enfermedad. Tras la verificación de la incapacidad laboral primaria ..., y transcurrido un año de su inicio, se reconoce la invalidez como prolongación de la incapacidad laboral".

básicamente, como pérdida de la capacidad laboral⁴², pero para su evaluación se tienen en cuenta, además de factores médicos, factores económicos y sociales; cuando en esta evaluación se alcancen determinados grados se tendrá derecho a una prestación periódica, empero, también concede prestaciones, generalmente de pago único, en aquellos supuestos en los que no alcanzando esos porcentajes, existen reducciones anatómicas o funcionales que no dan derecho a esas prestaciones⁴³.

Ejemplo de legislación que, en principio, podría recoger en su seno los dos tipos de invalidez reseñados es la alemana, pues sus dos tipos de invalidez⁴⁴ parece que

⁴² En Dinamarca "se considera invalida la persona entre 18 y 67 años cuya capacidad laboral se haya visto disminuida permanentemente, al menos a la mitad, como consecuencia de una incapacidad mental o física (A person between 18 an 67 years whose capacity to work is permanently reduced for at least half due to a mental or physical incapacity is considered as invalid.)", MISSOC-95, pág. 192.

⁴³ PIETERS, D., "Introducción al derecho de la seguridad social de los países miembros de la Comunidad Económica Europea", opus cit., pág. 76.

⁴⁴ Por un lado, la "Berufsunfähigkeit", invalidez profesional, se considera inválido al trabajador que, por causa de enfermedad o minusvalía, vea reducida su ganancia a la mitad de la ganancia normal de un trabajador de la misma categoría y formación", y por otro la "Erwerbsunfähigkeit", invalidez general, que considera incapacitado para trabajar al trabajador que sólo pueda ejercer una ocupación que le proporcione unos ingresos irregulares o ínfimos", MISSOC-93. Curiosamente, la legislación alemana, en su concepto sobre la incapacidad de ganancia o socio-económica, llegó a influir en nuestra legislación del Retiro Obrero, aunque esta concepción fue después olvidada en la Ley de Bases de la Seguridad Social, véase OJEDA AVILES, A. "El concepto legal de invalidez en el Régimen general de la Seguridad social", opus cit., pág.

podrían responder a los conceptos vistos de invalidez profesional y de invalidez general⁴⁵. Sin embargo, al introducir en la calificación de ambos factores referidos a la situación del mercado de trabajo⁴⁶, como antes sucedía en el sistema italiano⁴⁷, desnaturaliza la diferencia.

En todo caso, y sin tratar de llevar a cabo una visión

24.

⁴⁵ Así, por ejemplo, OJEDA señala que Alemania recoge ambas definiciones de incapacidad en distintos niveles "el primer nivel corresponde a la profesional ... y el segundo a la ganancia", OJEDA AVILES, A. "Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión europea", opus cit., pág. 46.

⁴⁶ PIETERS, D., "Introducción al derecho de la seguridad social de los países miembros de la Comunidad Económica Europea", opus cit., pág. 103. Tiempo después, aunque en parecidos términos, se ha dicho "en el sistema de este país depende de la situación del mercado de trabajo el que un asegurado sea o no declarado inválido, con independencia de que encuentre o realmente pueda encontrar un puesto de trabajo que se adapte a sus características individuales", FERRERAS ALONSO, F. "Panorámica de los sistemas de Seguridad social en los países comunitarios", opus cit., pág. 1123. Así mismo, señala, BLOCH, F.S. que "Alemania permite que se consideren las condiciones del mercado de trabajo, al igual que el Canadá, en medida limitada, respecto de las personas mayores de 55 años", "Evaluación de la invalidez: trámite de solicitud de la pensión y apelaciones en seis naciones", opus cit., pág. 37.

⁴⁷ "... su propensión al abuso ha hecho modificar la legislación italiana", OJEDA AVILES, A. "Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea", opus cit., pág. 45, que continua indicando, además, citando a CINELLI, que "la Ley italiana 222/1984 abandonó el concepto de capacidad de ganancia por el de capacidad profesional, porque a la primera se imputaba, en palabras de Cinelle, gran parte de la culpa por las "dificultades financieras del INPS, la indebida e improductiva 'elargizione' del dinero público, las operaciones de tipo clientelar, la propagación de la cultura del 'asistencialismo', la inoportuna imbricación entre previsión y asistencia"".

de cada legislación, podemos afirmar que en todas las demás se producen desviaciones o matizaciones conceptuales parecidas a las reseñadas. Las que parten de una concepción de la invalidez como una incapacidad de ganancia general toman en cuenta para su valoración la profesión y preparación del inválido, por ejemplo, y por citar otra, Francia⁴⁸. Por el contrario las que parten de un concepto más apegado al de invalidez profesional van a tener en cuenta, por lo menos para la calificación de alguno de sus grados, factores como la edad, preparación o posibilidades de trabajo en relación con el mercado de trabajo, como, por ejemplo, España⁴⁹ al calificar la invalidez permanente total cualificada, grado "donde se refugia el criterio socio-económico de calificación, como un cuerpo extraño al criterio profesional imperante"⁵⁰.

⁴⁸ PIETERS, D., "Introducción al derecho de la seguridad social de los países miembros de la Comunidad Económica Europea", opus cit., pág. 130. En Francia, "se considera inválido al trabajador que, como consecuencia de una enfermedad o de una minusvalía no puede ganar ya en una profesión cualquiera más de un tercio de los ingresos normales de un trabajador de la misma categoría y formación en la misma región", MISSOC-1993, pág. 138.

⁴⁹ Así, señalan ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., que "nuestra legislación aún atiende a una combinación de severidad y profesionalidad de la lesión; añade algún otro criterio derivado (duración del daño, edad del accidentado, posibilidad de recuperación) o autónomo (perspectivas del empleo del accidentado en su medio sociolaboral) ...", "Instituciones de Seguridad social", decimocuarta ed., opus cit., pág. 94.

⁵⁰ OJEDA AVILES, A. "El concepto legal de invalidez en el Régimen General de la Seguridad social", opus cit., pág. 25. La incapacidad permanente total cualificada, señalan ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., "es la total ... cuando se da la circunstancia adicional de que del incapacitado, 'por su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del

Es difícil, por tanto, clasificar las legislaciones de los diferentes Estados de la Unión Europea desde un punto de vista conceptual. Cada una responde a una historia, a un presente y a unos condicionantes muy diferentes, lo que hace que, aunque puedan tener en su espíritu un concepto de referencia, en la realidad le han ido añadiendo, quitando y modificando piezas con tanta intensidad que han conseguido que su identificación sea normalmente una labor vana.

3.- LA INVALIDEZ EN LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS.

3.1.- La invalidez tipo A y la tipo B: una opción.

Ya hemos indicado que los Reglamentos diferencian dos tipos de coordinación en las prestaciones de invalidez. Diferentes reglas de coordinación que generalmente han llevado a la doctrina a señalar que los Reglamentos distinguen dos tipos de invalidez, la invalidez tipo A y la invalidez tipo B, respondiendo a dos conceptos de

lugar de residencia' se presume que difícilmente va a obtener un nuevo empleo", "Instituciones de Seguridad Social", opus cit., pág. 97.

invalidez diversos⁵¹. Sin embargo, como ya hemos apuntado, tal diferenciación, entendemos, no se sustenta fundamentalmente en dos modelos radicalmente contrapuestos de concebir la invalidez, tanto por lo que hemos visto al analizar los conceptos de invalidez, como, -y siguiendo la clasificación de los autores que justifican la diferente coordinación-, teniendo en cuenta la evolución convergente que los sistemas de riesgo y de aseguramiento han tenido. La diferencia se apoya, a nuestro entender, en dos formas diferentes de calcular las prestaciones económicas que se derivan de la invalidez.

En efecto, se ha dicho que la dualidad en la coordinación comunitaria responde a la existencia de sistemas que consideran a la invalidez como una enfermedad alargada, por un lado, y a la existencia de sistemas que consideran a la invalidez como un vejez prematura, por otro⁵². También se ha afirmado que "la coordinación de las legislaciones en este campo es particularmente difícil, ya que existen en los Estados miembros dos tipos de

⁵¹ "La dispar forma en que los ordenamientos nacionales afrontan la protección de esta contingencia ha propiciado la necesidad de diferenciar dos grandes bloques de ellos, así como de brindar una solución diversa según hayan entrado en juego las de una u otra clase", MONTTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.Mª., SEMPERE NAVARRO, A., "Derecho social europeo", Madrid 1994, págs. 277-278.

⁵² RODRIGUEZ PIÑERO, M. "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en las comunidades europeas", opus cit., pág. 332. Sobre la dificultad de delimitar conceptualmente la invalidez de la enfermedad, por un lado, y de la vejez, por otro, puede verse, VENTURI "Il fundamenti scientifici della Sicurezza sociale", Milan, 1954, pág. 148.

legislaciones muy diferentes"⁵³, por una parte, legislaciones basadas en el riesgo, "es decir, del tipo A, que no hacen depender la cuantía de las prestaciones de la duración de los períodos de aseguramiento o residencia cumplidos"⁵⁴, y por otra, legislaciones de invalidez tipo B, "que considerando a la invalidez como una jubilación prematura hacen depender la cuantía de las prestaciones de la duración de los períodos de aseguramiento o de residencia cumplidos"⁵⁵.

Clasificar en bloque los sistemas de invalidez, como intuimos en los apartados precedentes, es quizás una de las tareas más difíciles, y probablemente más arriesgadas, con las que pueda enfrentarse el estudioso de la Seguridad social internacional. Quizás por ello, desde un punto de vista global, la única clasificación acertada sería aquella que distinguiera por modelos nacionales, pues cada sistema nacional responde a unas peculiaridades propias que le hacen, en buena medida, diferente a los demás.

Renunciando, por tanto, a una clasificación global de los distintos sistemas, clasificación que dada su evolución

⁵³ RIBAS, J.J.; JONCZY, M.J.; SÉCHÉ, J.C., "Derecho social europeo", Instituto de Estudios Sociales, Madrid 1980, pág. 276.

⁵⁴ RIBAS, J.J.; JONCZY, M.J.; SÉCHÉ, J.C., "Derecho social europeo", Instituto de Estudios Sociales, Madrid 1980, pág. 277.

⁵⁵ RIBAS, J.J.; JONCZY, M.J.; SÉCHÉ, J.C., "Derecho social europeo", Instituto de Estudios Sociales, Madrid 1980, pág. 278.

centrípetas respondería más a tópicos teóricos que a realidades normativas, sí podrían incluirse las diferentes legislaciones nacionales en grupos diversos atendiendo a puntos concretos, aspectos o puntos determinados que pueden ser de suma trascendencia pero que no dejan de ser apuntes parciales de los sistemas de los que forman parte. Este es el caso de la referencia que se toma por los Reglamentos para coordinar las distintas legislaciones. Así, por ejemplo, legislaciones tipo A como la danesa o la española que, según la clasificación que vimos de la OIT, se alinearían con las que parten de un concepto de invalidez profesional, están incluidas entre las legislaciones tipo A junto con legislaciones como la de Países Bajos cuya concepción de la invalidez está más próxima a una incapacidad general de ganancias⁵⁶.

En todo caso, lo que nos interesa poner de manifiesto es que la nota esencial en la que se basan los Reglamentos para la coordinación de las prestaciones de invalidez es en la forma de calcular las prestaciones económicas, y, más concretamente, en la incidencia que sobre la prestación tienen los períodos de seguro cumplidos por el beneficiario. Así, y reiterando algunas ideas que ya hemos apuntado, si la prestación económica que se otorgue no está en función de las cotizaciones previas del interesado, el Reglamento incluirá estas legislaciones entre las denominadas de tipo A; aquellas legislaciones en las que,

⁵⁶ MISSOC-1993, pág. 139.

por el contrario, los períodos previos de cotización inciden de manera directa en la cuantía de la prestación se encuadrarán dentro de las denominadas legislaciones tipo B. Por extensión, y para simplificar, estamos llamando a las prestaciones que conceden las legislaciones tipo A, prestaciones de invalidez tipo A y tipo B a las que conceden las legislaciones tipo B.

Es interesante reseñar, asimismo, que esta distinción entre prestaciones de invalidez tipo A y tipo B ya se recogía en el Rgto. 3, si bien este Reglamento, en un principio, "asimilaba ambos casos a la normativa de pensiones de vejez"⁵⁷, "a saber, que cada uno de los Estados afectados tomaba a su cargo una parte proporcional de la pensión, aunque su legislación fuese del tipo A. Solamente los Estados con una legislación de tipo A podían derogar esta regla por vía de acuerdos bilaterales entre ellos"⁵⁸, aunque pronto se recogieron previsiones

⁵⁷ RODRIGUEZ PIÑERO, M. "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades europeas", opus cit. pág. 211.

⁵⁸ RIBAS, J.J.; JONCZY, M.J.; SÉCHÉ, J.C., "Derecho social europeo", Instituto de Estudios Sociales, Madrid 1980, pág. 277. En una ilustrativa información, comentando este punto, señalan estos autores que "la aplicación de las reglas establecidas en el reglamento número 3 no habían producido, en el plano social, resultados muy satisfactorios, además, el Tribunal de Justicia había prohibido la prorrata generalizada, las legislaciones de tipo A se iban desarrollando y, por último, pareció oportuno fijar, en el plano comunitario, un método de liquidación directamente adaptado a las concepciones sobre las que se basan estas legislaciones de tipo A, y aplicable a todos los trabajadores que hayan sido exclusivamente asegurados bajo estas legislaciones".

similares a las actuales⁵⁹.

Por último, debemos precisar, también, que la distinción fundamental de los Reglamentos entre prestaciones de invalidez tipo A y tipo B no "coincide ... con la existente en otros instrumentos internacionales entre sistemas contributivos y no contributivos, ya que esta última distinción hace referencia a la fuente de financiación de las prestaciones, mientras que la que hace el Reglamento comunitario es relativa al sistema de cálculo de las prestaciones, y tanto los de tipo A como los de tipo B pueden tener una financiación de carácter contributivo"⁶⁰.

Por todo ello, podríamos concluir afirmando que la distinción entre legislaciones tipo A y legislaciones tipo B para coordinarlas con reglas diferentes, no es más que una opción de las normas comunitarias. Opción que bien hubiera podido ser otra y que incluso las propias reglas de coordinación "desjustifican". En efecto, si, como se ha

⁵⁹ Sobre las dificultades que planteo tempranamente la regulación del Rgto. nº 3 véase el asunto 100/63 (J.G. Van der Venn, viuda de J. Kalsbekk), tanto la sentencia de 15 de julio de 1964, como el informe para la vista y las conclusiones del Abogado General Maurice Lagrange (Rec. 1964, págs. 1105 y ss.). Sobre las cuestiones que se plantearon en la diferenciación de legislaciones tipo A y tipo B, véase el asunto 24/64, Dingemans, igual que en el anterior, tanto su sentencia de 2 de diciembre de 1964, como el informe para la vista y las conclusiones del Abogado General Joseph Gand (Rec. 1964, págs. 1259 y ss.).

⁶⁰ RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas", opus cit. pág. 333.

defendido por algunos autores, la existencia de diferentes reglas de coordinación responde a sistemas conceptualmente diferentes, sería difícil justificar que cuando sistemas de un tipo entren en relación con los de otro y se toman en consideración sólo reglas de coordinación de un determinado tipo, normalmente las de tipo B, aquél al que no se le aplican las que en teoría correspondería de acuerdo con su concepto de invalidez (normalmente las legislaciones tipo A son las que ceden ante las legislaciones tipo B) no abandona por ello su concepción de la invalidez. En otras palabras, y adelantando algunas reglas que veremos a continuación, cuando una legislación tipo A, como por ejemplo España, entra en relación con otra tipo A, por ejemplo Francia, las reglas de coordinación que se aplican son las de los sistemas tipo A. Sin embargo, cuando nuestra legislación entra en relación con países tipo B, por ejemplo Alemania, se aplican las reglas de coordinación de los sistemas tipo B sin que por ello nuestro sistema abandone su concepción de la invalidez. Este mismo cambio de reglas aplicables a una misma legislación dependiendo ahora del momento en que entren en juego se prevé, también en el propio Rgto. 1408, para los supuestos de transformación de prestaciones de invalidez en pensiones de vejez, donde la regla es que cuando una pensión de invalidez tipo A se transforme en pensión de vejez, o cuando un inválido tipo A comience a percibir prestaciones de vejez en otro Estado, se aplicarán las reglas de la invalidez tipo B como si hubieran sido

aplicables desde el principio⁶¹, con lo que, en buena medida, la voladura del pilar que sustenta la justificación del modelo de coordinación queda completada.

3.2.- La invalidez en los Reglamentos comunitarios: preceptos aplicables y supuestos regulados.

Ya hemos apuntado que los Reglamentos distinguen lo que vamos a denominar dos tipos de invalidez, la invalidez tipo A y la invalidez tipo B. Además de reglas para estos dos tipos de invalidez, los Reglamentos establecen reglas para los supuestos de agravación de la invalidez, para algunos casos de suspensión y supresión de las prestaciones y para los supuestos en los que las pensiones de invalidez se puedan transformar en prestaciones de vejez. Vamos a ver, en los epígrafes que siguen, cual es la formulación normativa concreta de estos dos sistemas y cuales son las reglas que rigen en cada uno de los supuestos apuntados.

Desde un plano estrictamente positivo, el Rgto. 1408 dedica el capítulo 2 del título III, artículos 37 a 43, a la prestación de invalidez, dividiendo el capítulo en las

⁶¹ Véase sobre este punto, dentro de este capítulo, el epígrafe 7.2. "Transformación de prestaciones de invalidez tipo A".

cuatro secciones siguientes:

- Sección 1, artículos 37 a 39: "Trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia sujetos exclusivamente a legislaciones según las cuales la cuantía de las prestaciones de invalidez es independiente de la duración de los períodos de seguro".
- Sección 2, artículo 40: "Trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia sujetos exclusivamente a legislaciones según las cuales la cuantía de la prestación de invalidez depende de la duración de los períodos de seguro o de residencia, o a legislaciones de este tipo y del tipo señalado en la sección 1".
- Sección 3, artículo 41: "Agravación de la invalidez".
- Sección 4, artículos 42 y 43: "Restablecimiento del abono e las prestaciones después de una suspensión o de una supresión. Transformación de las prestaciones de invalidez en prestaciones de vejez. Nuevo cálculo de las prestaciones liquidadas en virtud del artículo 39".

Aunque metodológicamente estructuradas con una

finalidad epistemológica, el contenido articulado de las referidas secciones es el que nos va a servir de base normativa para la exposición subsiguiente.

3.3.- La invalidez tipo A.

3.3.1.- Formulación legal.

Las reglas de la invalidez tipo A van a ser aplicables, en principio, "al trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que haya estado sujeto sucesiva o alternativamente a las legislaciones de dos o más Estados miembros, y que haya cubierto períodos de seguro únicamente en virtud de legislaciones según las cuales la cuantía de las prestaciones de la invalidez sea independiente de la duración de los períodos de seguro"⁶². De acuerdo con dichos sistemas, "el solicitante tiene derecho a un importe fijo de la prestación, con independencia del mayor o menor tiempo que haya estado afiliado al sistema"⁶³.

De lo que hemos visto hasta aquí podría desprenderse

⁶² Artículo 37.1 del Rgto. 1408.

⁶³ "Recopilación de disposiciones comunitarias sobre seguridad social, 1994 (4ª edición)", Comisión Europea, Luxemburgo 1995, pág.136.

que los sistemas estatales se clasifican, en bloque, en uno u otro tipo, esto es, en sistemas tipo A o en sistemas tipo B. Básicamente es así, y así se considera normalmente por la doctrina, pero hay algunas excepciones. Las legislaciones concretas, en su conjunto o particularizadas, de cada Estado miembro a las que se les aplican las normas de la invalidez tipo A están recogidas en la parte A, - ubicación de donde probablemente les viene su denominación-, del Anexo IV del mismo Reglamento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37.2. Tales legislaciones, y sus excepciones, según la última versión del Rgto. 1408 dada por el Rgto. 118/97 son las siguientes: Bélgica, España, Francia (para los trabajadores por cuenta ajena excepto el régimen de minas, y para los trabajadores por cuenta propia solo para las trabajadores agrícolas por cuenta propia), Grecia (sólo el régimen agrario), Irlanda, Países Bajos, Finlandia (solo para las minusvalías congénitas o desde corta edad) y Reino Unido⁶⁴.

⁶⁴ Textualmente el Anexo IV, parte A, del Rgto. 1408 señala:

A.- Legislaciones mencionadas en el apartado 1 del artículo 37 del Reglamento, según las cuales la cuantía de las prestaciones de invalidez es independiente de la duración de los períodos de seguro.

A.- BÉLGICA.

- a) Las legislaciones sobre el régimen general de invalidez, el régimen especial de invalidez de los trabajadores de las minas, el régimen especial de los marinos de la marina mercante;
- b) La legislación sobre el seguro contra la invalidez laboral para trabajadores autónomos;
- c) La legislación sobre invalidez en el régimen de seguridad social de ultramar y en el régimen de invalidez de los antiguos empleados del Congo belga y de Rwanda-Urundi.

B.- DINAMARCA.

Ninguna.

C.- ALEMANIA.

Ninguna.

D.- ESPAÑA.

Las legislaciones relativas al seguro de invalidez del régimen general y de los regímenes especiales.

E.- FRANCIA.

1. Trabajadores por cuenta ajena.- Todas las legislaciones sobre el seguro de invalidez, exceptuada la legislación sobre el seguro de invalidez del régimen de la seguridad social para los mineros.

2. Trabajadores por cuenta propia. La legislación sobre el seguro de invalidez de los trabajadores agrícolas por cuenta propia.

F.- GRECIA.

La legislación relativa al régimen del seguro agrícola.

G.- IRLANDA.

Capítulo 10 de la parte II de la ley codificada de 1981 de seguridad social y los servicios sociales (Social Welfare -consolidation- Act. 1981).

H.- ITALIA.

Ninguna.

J.- LUXEMBURGO.

Ninguna.

K.- AUSTRIA.

Ninguna.

L.- PORTUGAL.

Ninguna.

M.- FINLANDIA.

3.3.2.- Institución competente para el abono de prestaciones.

Será institución competente para el abono de las prestaciones, como regla general, aquella a la que esté afiliado o vinculado el trabajador en el momento de sobrevenir la invalidez. Sin embargo, si en ella no tuviera derecho a prestaciones podrá serlo otra a la que haya estado afiliado con anterioridad. A ambos supuestos nos referiremos, además de estudiar también las previsiones que contiene el Reglamento para los casos en que el trabajador arribe a la situación de invalidez desde el desempleo.

Pensiones nacionales para personas que han nacido con minusvalías o inválidas desde corta edad (Ley Nacional de Pensiones -574/93-).

N.- SUECIA.

Ninguna.

O.- REINO UNIDO.

- a) Gran Bretaña. Artículos 15 y 36 de la Ley de la seguridad social de 1975 (Social Security Pensions Act 1975). Artículos 14, 15 y 16 de la Ley de pensiones de la seguridad social de 1975 [Social Security Pensions Act 1975].
- b) Irlanda del Norte. Artículos 15 y 36 de la Ley de seguridad de Irlanda del Norte de 1975 [Social Security (Northern Ireland) Act 1975]. Artículos 16, 17 y 18 del Reglamento de pensiones de la seguridad social de Irlanda del Norte de 1975 [Social Security Pensions (Northern Ireland) Order 1975].

**3.3.2.1.- Regla general: la institución en la que se
está asegurado en el momento del hecho
causante.**

En los supuestos de la invalidez tipo A, será institución competente, para el abono de las prestaciones, la institución del Estado miembro "cuya legislación era aplicable en el momento de sobrevenir la incapacidad laboral seguida de invalidez"⁶⁵. Dicha institución determinará, con arreglo a lo dispuesto en su legislación, si el interesado reúne las condiciones necesarias para tener derecho a las prestaciones reguladas en su legislación, "teniendo en cuenta, cuando proceda, lo dispuesto en el artículo 38"⁶⁶, precepto que regula la totalización de períodos de seguro cuando sea necesaria para obtener derecho a prestaciones de invalidez tipo A⁶⁷.

"El interesado que reúna las condiciones" exigidas por la institución competente, salvo el posible período de carencia previo que puede completarse mediante la técnica de la totalización, "obtendrá las prestaciones exclusivamente"⁶⁸ de dicha institución.

⁶⁵ Artículo 39.1, Rgto. 1408.

⁶⁶ Artículo 39.1, Rgto. 1408.

⁶⁷ Véase sobre totalización de períodos, en general, y sobre el artículo 38, en particular, el capítulo segundo.

⁶⁸ Artículo 39.2, Rgto. 1408.

Si el trabajador, por tanto, reúne todos los requisitos para tener derecho a una prestación de invalidez, totalizando períodos de seguro cumplidos en otros Estados cuando sea necesario, de acuerdo con la legislación a la que estaba sometido en el momento de producirse el hecho causante de la prestación, recibirá una única prestación de invalidez calculada de acuerdo con las previsiones de esta legislación.

Esto es, las reglas de coordinación aplicables a las legislaciones de invalidez tipo A dan derecho a una única prestación de invalidez que abona el Estado a cuya legislación se estaba asegurado en el momento del hecho causante. Es lo que algún autor ha llamado el "principio de prestación completa única, según legislación única a cargo de institución única"⁶⁹. "En cambio, no podrá tener derecho a prestaciones en virtud de otra legislación a la que hubiera estado sujeto anteriormente, lo que evita la intervención de varias legislaciones en la liquidación de las prestaciones y las dificultades técnicas que de ahí se derivarían"⁷⁰.

⁶⁹ RODRIGUEZ PIÑERO, M. "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas", opus cit. pág. 335.

⁷⁰ RAEPENBUSCH, S.V., "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en el derecho europeo", opus cit., pág. 558.

3.3.2.2.- Cuando no se reúnen los requisitos en la institución de aseguramiento.

El trabajador que no tenga derecho a las prestaciones de invalidez, de acuerdo con las reglas previstas en el apartado anterior, "podrá optar por aquellas a las que aún tenga derecho en virtud de la legislación de otro Estado miembro" habida cuenta, cuando proceda, y al igual que el supuesto anterior, de las reglas de totalización establecidas en el artículo 38, totalización, por supuesto, que en este caso llevará a efecto esta segunda institución.

En efecto, cuando el trabajador no tenga derecho a prestaciones en la institución a la que estuvo asegurado en el momento de hecho causante podrá optar por aquellas a las que pueda tener derecho en otro Estado miembro⁷¹. Ello supone, en primer lugar, que la opción por las prestaciones de otro Estado miembro ha de ser, salvo las excepciones que veremos, en favor de la legislación de un Estado tipo A, pues si hubiera estado asegurado a legislaciones tipo B las reglas que estaríamos aplicando serían las de las prestaciones tipo B; en segundo lugar,

⁷¹ "El supuesto es de difícil concurrencia, pero garantiza que quien ha estado sucesivamente sujeto a varias legislaciones y al momento del hecho causante lo está a una que ignora el derecho a las prestaciones por invalidez puede "recuperar" el mismo acudiendo a alguno de tales sistemas", han señalado MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J. M.; SEMPERE NAVARRO, A., "Derecho social europeo", Tecnos, Madrid 1994, pág. 278.

parece, que si el trabajador no opta por otras prestaciones estas no le podrán ser concedidas por otra institución, a pesar de que el Rgto. 574 ordene remitir el expediente a la institución que tenga un aseguramiento anterior a la primeramente competente⁷²; y, en tercer lugar, parece, así mismo, que la opción del trabajador puede ser por cualquier otra institución y no obligatoriamente en favor de la penúltima, como pudiera deducirse de la previsión del artículo 39 del Rgto. 574⁷³.

Sobre este punto la Comisión ha indicado que si el trabajador "no tuviera derecho a prestaciones de acuerdo con la legislación del último Estado miembro, éstas le serán otorgadas de acuerdo con la legislación de cualquier otro Estado miembro en el que pueda acreditar un derecho, teniendo en cuenta, si fuera necesario, las disposiciones del artículo 38 sobre totalización"⁷⁴. La afirmación de la Comisión confirma nuestra tesis de que puede obtenerse la prestación de cualquier otro Estado en el que se reúna

⁷² Véase, dentro de este estudio, en el capítulo 3, el apartado 5.1.2, referido a la tramitación de la solicitud de una prestación de invalidez tipo A, cuando el interesado no tenga derecho a prestaciones en la primera institución a la que se dirige.

⁷³ Ibidem nota anterior. Porque, con ALONSO OLEA, podríamos señalar que la ley dice lo que dice y no lo que -tal vez- quisieron sus autores que dijera, (ALONSO OLEA, M., "Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución", Ed. Civitas. Madrid 1990, pág. 15).

⁷⁴ "Recopilación de disposiciones comunitarias sobre Seguridad social", opus cit., pág. 136.

derecho a ella, y no obligatoriamente del inmediatamente anterior, pero, por otro lado, se olvida la Comisión de recordar que la elección del Estado en concreto depende de la opción del trabajador, opción, entendemos, que debería plantearse desde el conocimiento, por parte del trabajador, de los posibles derechos que pueda tener en las distintas legislaciones, información que no le aporta suficientemente el procedimiento establecido en los Reglamentos⁷⁵.

3.3.2.3.- Solicitantes en situación de desempleo total que, durante su último empleo, residían en un Estado miembro distinto del Estado competente.

El desempleo, en general, tiene un tratamiento cuando menos específico y, en buena medida, diferente en la normativa comunitaria. Ello ha llevado a afirmar a la doctrina que aunque en principio "podría pensarse que las reglas generales de coordinación contenidas en el Reglamento extienden su ámbito, aunque con los matices propios, a las prestaciones por desempleo, sin embargo, nada más lejos de la realidad. Las reglas ... (de

⁷⁵ Véase el capítulo 3, referido a la coordinación de procedimientos.

desempleo) ... no sólo se caracterizan por su singularidad en materia de totalización, de exportabilidad o en la determinación del Estado competente, sino que en algún caso ... sus reglas superan la simple coordinación para imponerse a las legislaciones nacionales"⁷⁶

Estas peculiaridades propias de las prestaciones de desempleo tienen su reflejo en las prestaciones de invalidez, especialmente en las de tipo A, y, sobre todo, en los supuestos de trabajadores fronterizos o de aquellos que residen en un Estado distinto del competente. En estos supuestos, señala el artículo 39.6 del Rgto. 1408⁷⁷, "el

⁷⁶ ~~TORTUERO PLAZA, J.L. "El desempleo. Especial consideración del desempleo en el derecho comunitario". Cuadernos de Derecho Judicial, nº X. Madrid 1996, pág. 118. MARTINEZ GIRON, J., "Régimen de las prestaciones (de desempleo). Automaticidad en el pago, incompatibilidades y reintegro de prestaciones indebidas". Cuadernos de Derecho Judicial. nº X. Madrid 1996, págs. 275 y ss.~~

⁷⁷ Concretamente, los supuestos en los que se aplicará el artículo 39.6 del Rgto. 1408 son aquellos en los que, a su vez, se apliquen las disposiciones del artículo 71, apartado 1, letra a), inciso ii), o letra b), inciso ii), primera frase.

El artículo 71, en lo que aquí nos interesa, señala:

"1. El trabajador por cuenta ajena en situación de desempleo que residiera, mientras ocupaba su último empleo en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado competente, disfrutará de las prestaciones conforme a las normas siguientes:

a) i) ...

ii) el trabajador fronterizo que se halle en paro total disfrutará de las prestaciones con arreglo a lo dispuesto en la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida, como si hubiera estado sometido a dicha legislación mientras ocupaba su último empleo; estas prestaciones serán abonadas y sufragadas por la institución del lugar de residencia.

trabajador por cuenta ajena en situación de desempleo total ... tendrá derecho a las prestaciones de invalidez concedidas por la institución competente del Estado miembro en cuyo territorio resida, de acuerdo con la legislación que aquélla aplique, como si hubiese estado sujeto a dicha legislación durante su último empleo, habida cuenta, cuando proceda, de lo dispuesto en el artículo 38 y/o en el apartado 2 del artículo 25. Dichas prestaciones correrán a cargo de la institución del país de residencia".

Recordando que estamos hablando de prestaciones de invalidez tipo A, esto es, en las que únicamente hay una prestación que abona un único Estado, la previsión de la norma transcrita supone que el Estado que abone las prestaciones de desempleo será el que tenga que satisfacer, en su caso, las prestaciones de invalidez, y ello incluso en el supuesto en el que el trabajador no haya estado sujeto, en virtud de su actividad, a su legislación.

Además de indicar cuál va a ser la institución competente en estos supuestos, determinación en la cual el

b) i) ...

ii) el trabajador por cuenta ajena que no sea fronterizo, que se halle en paro total y que se ponga disposición de los servicios de empleo en el territorio del Estado miembro donde resida, o que regrese a dicho territorio, disfrutará de las prestaciones con arreglo a lo dispuesto en la legislación de ese Estado, como si hubiese ocupado allí su último empleo; estas prestaciones serán abonadas y sufragadas por la institución del lugar de residencia."

precepto no pierde su carácter de norma de conflicto y su función coordinadora, aunque estableciendo una carga elevada para la institución competente, el segundo párrafo del precepto supone un paso más allá de lo que podría ser una mera norma de coordinación⁷⁸. El citado párrafo señala que cuando la legislación de la institución competente, institución determinada como hemos indicado anteriormente, "disponga que el cálculo de las prestaciones se base en un salario, dicha institución tendrá en cuenta los salarios percibidos en el país del último empleo y en el país de residencia con arreglo a lo dispuesto en la legislación que aplique. En caso de que no se haya percibido ningún salario en el país de residencia, la institución competente tomará en cuenta, según las normas establecidas por su legislación, los salarios percibidos en el país del último empleo".

La norma analizada no es más que un reflejo, para los supuestos de las prestaciones de invalidez, de las previsiones señaladas del artículo 71. No obstante, en interpretación del artículo 71, el Tribunal de Justicia,

⁷⁸ El citado párrafo fue introducido por el Reglamento 2195/91 que consideró "necesario completar el artículo 39 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 con objeto de especificar el salario que ha de tenerse en cuenta, cuando se trate de trabajadores fronterizos, para la aplicación de la legislación de los Estados miembros cuyo cálculo de prestaciones de invalidez se base en un salario", si la intención fue aplicar la modificación solamente a los trabajadores fronterizos la modificación introducida incide también en los trabajadores afectados por lo dispuesto en la letra b), inciso ii), primera frase, del artículo 71, trabajadores que no son propiamente fronterizos.

en el Asunto Grisvard y Keitz (201/91, de 1.X.1992), entendió que los salarios tomados del Estado de empleo para el abono de las prestaciones por el Estado de residencia deben ser tamizados por la legislación aplicable por este último, Estado que es el que en definitiva va a abonar las prestaciones. Tal doctrina entendemos que es aplicable en el supuesto de la invalidez y, por ello, cuando el Estado de residencia deba hacer suyos "los salarios percibidos en el Estado de empleo a ellos debe aplicarles su propia legislación sobre límites máximos de cotización"⁷⁹.

3.3.3.- Otros requisitos para el reconocimiento del derecho a estas prestaciones.

Sabemos que en este tipo de invalidez solo va a existir una institución competente que abonará una única prestación, la que corresponda de acuerdo con su legislación. Tanto el reconocimiento del derecho como la liquidación, o, en otras palabras, el cálculo de la prestación, no plantean por ello las dificultades que surgen en los supuestos de la invalidez tipo B, porque la institución competente comprobará si el interesado cumple o no los requisitos de la legislación que aplica y si los

⁷⁹ TORTUERO PLAZA, J.L. "El desempleo. Especial consideración del desempleo en el derecho comunitario", opus cit., pág. 23.

reúne liquidará la prestación en aplicación exclusiva de sus normas⁸⁰. Sin embargo, es normal que estas legislaciones exijan algunos requisitos para la concesión de las prestaciones que es posible que el interesado no reúna, digamos, exclusivamente, en su legislación y sí en conjunto con otras a las que haya podido estar sometido, razón que nos lleva a hacer algunas precisiones sobre la problemática que puede generarse en determinados supuestos.

3.3.3.1.- Exigencia de un período de carencia previo.

La institución competente liquidará la prestación de invalidez aplicando su legislación que, como es conocido, no hace depender la cuantía de la misma de períodos previos de seguro. No obstante, la legislación aplicada por la institución competente condiciona el nacimiento del derecho a la prestación a la existencia de períodos de carencia previos, requisito de carencia que incluso es considerado por algunos autores como característico de estos sistemas⁸¹, aunque en realidad la práctica totalidad de

⁸⁰ Véase, sobre este extremo, el epígrafe, "Liquidación de prestaciones", del capítulo 2.

⁸¹ FERRERAS ALONSO, F. "Problemas de coordinación comunitaria de la legislación española sobre prestación de incapacidad temporal e invalidez", en la obra colectiva "La Seguridad social española y la adhesión a las comunidades

los sistemas nacionales, salvo Países Bajos, exigen períodos previos para tener derecho a la prestación de invalidez⁸², por reducidos que sean⁸³, lo que ha llevado ha afirmar que estos "requisitos administrativos representan en cada país las condiciones fundamentales cuyo incumplimiento impedirá la determinación de los hechos aún cuando exista efectivamente la incapacidad laboral"⁸⁴

Para completar este período de carencia se acudirá, si es necesario, a la totalización de períodos aplicando las reglas y requisitos previstos en el artículo 38 y que estudiaremos en el capítulo segundo. Sirven, por tanto, las reglas de totalización tanto para la liquidación de prestaciones, cuando la cuantía de estas depende de períodos de seguro, como para poder completar el requisito de carencia previa para la apertura del derecho.

européas. Problemas de armonización y coordinación", IESS, Madrid 1981, pág. 315.

⁸² De residencia, en el caso de Dinamarca, y de percepción de prestaciones de enfermedad, con carácter previo, en los casos de Irlanda y Gran Bretaña.

⁸³ Véase sobre la exigencia en cada Estado el documento MISSOC-1996.

⁸⁴ Informe del Inst. Max Plank, opus cit., págs. 30-31, donde, además, con un tono más literario se afirma que "los requisitos administrativos, según el país, pueden ser más o menos difíciles de satisfacer. Pero en cierta manera representan en el país respectivo el 'preludio' para la determinación del hecho de 'invalidez propiamente dicha'".

3.3.3.2.- Exigencia de estar asegurado cuando se produce el hecho causante de la prestación.

Se ha dicho que uno de los rasgos característicos de estos sistemas es que normalmente exigen que el beneficiario esté vinculado al régimen de seguridad social en el momento del hecho causante de la prestación: "el derecho a pensión depende de la existencia de un seguro en el momento en el que se produjo la invalidez; si ha dejado de trabajar, aunque sea por poco tiempo, antes de ese momento, no tendrá derecho a pensión de invalidez"⁸⁵, salvo que pueda encontrarse en situaciones que en nuestra terminología conocemos como de asimilación al alta.

El aseguramiento en el momento del hecho causante no solo tiene importancia, en estos casos, para generar el derecho a la prestación sino que, como sabemos, determina la institución competente para el abono de la prestación. Quizás por ello el Reglamento no obliga, en principio, dentro de las reglas referidas a la invalidez tipo A, a reconocer este tipo de situaciones cuando se produzcan al

⁸⁵ COMISION EUROPEA, "Sus derechos de Seguridad social cuando se desplaza en la Unión Europea", Luxemburgo 1995, pág. 13. También se ha afirmado que "en estos sistemas ... se requiere ... por regla general, que en la fecha del hecho causante de la invalidez el asegurado pertenezca al régimen del cual se va a derivar el derecho", FERRERAS ALONSO, F. "Problemas de coordinación comunitaria de la legislación española sobre prestación de incapacidad temporal e invalidez", opus cit., pág. 316.

amparo de otras legislaciones, pues ello supondría, para la institución que reconoce la situación, asumir una prestación completa reuniendo el beneficiario el requisito de aseguramiento en otra legislación.

El beneficiario, por tanto, recibirá la prestación de la institución a cuya legislación estaba sometido en el momento de producirse la invalidez y, por el contrario, no recibirá prestación si no estaba sujeto a ninguna legislación en el momento del hecho causante de la prestación. Solamente cuando en el Estado a cuya legislación estaba sometido no reúna algún requisito, por ejemplo, el período de carencia, aún totalizando, el grado de invalidez, etcétera, podrá entenderse que el Estado por el que el trabajador opte, de conformidad con lo previsto en el artículo 39.3 del Rgto. 1408⁸⁶, tendría que reconocer el requisito de aseguramiento cumplido en otra legislación, pero solamente para aquellos supuestos en los que podríamos indicar que la institución competente lo es por "retroacción" y por opción del interesado. Por ello, entendemos que no es posible afirmar, con carácter general, como se ha hecho, que "este requisito se entiende cumplido si en otro Estado distinto al que reconoce la prestación se produce dicha circunstancia"⁸⁷.

⁸⁶ Véase el punto 3.3.2.2 expuesto up supra.

⁸⁷ FERRERAS ALONSO, F. "Las pensiones por enfermedad, maternidad e invalidez según el Reglamento comunitario 1408/71", en la obra colectiva, "La Seguridad social internacional: convenios bilaterales y derecho comunitario", Cuadernos de derecho judicial, C.G.P.J.,

Por otro lado, puntualizando más sobre esta materia, tampoco creemos que el reconocimiento de la situación de aseguramiento, cumplida en otro Estado, previsto en el artículo 45.5 del Rgto. 1408 sea aplicable a estos supuestos⁸⁸. En efecto, en primer lugar, el artículo 45.5 está incluido en el capítulo 3, capítulo que, como veremos, es aplicable a las prestaciones de invalidez tipo B, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40.1, pero no a las prestaciones de invalidez tipo A. Y, en segundo lugar, el citado artículo 45.5 remite al anexo VI del Rgto. 1408 donde cada Estado tiene la posibilidad de pormenorizar o concretar las condiciones bajo las que va a reconocer la situación de aseguramiento cumplida en otro Estado para que tenga efectos sobre sus prestaciones. Pues bien, en este Anexo VI, entre los Estados tipo A que hacen alguna mención al respecto todos la relacionan para cuando les sean aplicables las reglas del capítulo 3 y no para cuando entre en juego el capítulo 2, que es el que regula la invalidez tipo A⁸⁹. Quizás para aclarar este galimatías de capítulos aplicables hay que tener presente que a los Estados tipo

Madrid 1994, pág. 111.

⁸⁸ Solución por la que parece optar FERRERAS ALONSO, F. "Las pensiones por enfermedad, maternidad e invalidez según el Reglamento comunitario 1408/71", en la obra colectiva, "La Seguridad social internacional: convenios bilaterales y derecho comunitario", opus cit., pág. 111.

⁸⁹ Véase dentro del Anexo VI: Bélgica, punto 10, (para cap. 3); España, punto 3 (para cap. 3); Francia, punto 8, (para cap. 3); Irlanda, no tiene previsiones; Países Bajos, punto 4.a), (para cap. 3); Reino Unido, no tiene previsiones; Grecia, no tiene previsiones; Finlandia, no tiene previsiones para estos supuestos.

A les serán aplicables, como ya hemos apuntado y veremos con más detalle en los siguientes epígrafes, las reglas del capítulo 3 cuando el trabajador haya estado sometido a legislaciones tipo A y tipo B, porque en estos casos la prestación se calculará aplicando las reglas de la invalideces tipo B, razón por la cual los Estados tipo A introducen estas previsiones en el citado Anexo VI.

3.4.- La invalidez tipo B.

3.4.1.- Formulación legal.

De manera distinta a lo que vimos en la invalidez tipo A, la formulación de los supuestos en los que se van a aplicar las reglas de la invalidez tipo B se hace de forma negativa o por exclusión. Para su exposición estructuraremos su estudio en dos epígrafes: uno, referido a la que denominaremos regla general y, otro, en el que se estudian las excepciones a la misma.

3.4.1.1.- Regla general: formulación negativa del artículo 40.1.

A diferencia de la formula que utiliza el artículo

37, que indica el tipo de legislaciones a las que se van a aplicar las reglas de la invalidez tipo A, el artículo 40.1 se limita a señalar que las reglas de la invalidez que establece, que son a las que hemos denominando tipo B, se aplicarán en aquellos supuestos en los que una de las legislaciones que entre en juego no sea de las de tipo A. En concreto, señala el artículo 40.1 que "el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que haya estado sucesiva o alternativamente sujeto a las legislaciones de dos o más Estados miembros, de las cuales al menos una no sea del tipo señalado en el apartado 1 del artículo 37", se beneficiará de las prestaciones de acuerdo con las reglas previstas en el capítulo 3, capítulo en el que se regulan las previsiones para el reconocimiento y concesión de las pensiones de vejez y muerte⁹⁰.

Esto es, como regla general, y por interpretación negativa de lo dispuesto en el artículo 37.1, cuando una de las legislaciones a las que haya estado sometido el trabajador haga depender la cuantía de las prestaciones de invalidez de períodos previos de cotización o de seguro⁹¹

⁹⁰ Tengase en cuenta que no todas las prestaciones que según nuestra legislación se derivan o pueden derivarse de la muerte, las llamadas de muerte y supervivencia, se regulan en el capítulo 3, por ejemplo, los subsidios por defunción y las pensiones de orfandad se coordinan en los capítulos 5 y 8 respectivamente.

⁹¹ Países en los que, como afirma la Comisión, "las pensiones de invalidez se calculan de forma similar a las pensiones de vejez. En esos países, el importe de la pensión depende de la duración de los períodos de cotización: cuanto más tiempo haya estado asegurado antes de quedar inválido, mayor será su pensión." COMISIÓN

se aplicarán, sintetizando, y "por analogía"⁹² las reglas que rigen la coordinación de las pensiones de vejez. Estas reglas tienen una mayor complicación técnica que las de la invalidez tipo A, sobre todo en lo que se refiere a la totalización y liquidación de prestaciones, como estudiaremos en el capítulo segundo.

A diferencia de lo que vimos para las prestaciones tipo A, las reglas aplicables a las prestaciones tipo B van a suponer que el trabajador podrá tener derecho a prestaciones en los diferentes Estados a cuyas legislaciones estuvo sometido a lo largo de su vida laboral. Como principio, no existe una única prestación abonada por un solo Estado sino tantas prestaciones como Estados en los que se trabajó, bien sean prestaciones íntegras o autónomas, de acuerdo con la legislación aplicable, o prorrateadas por haber tenido necesidad de totalizar períodos de seguro cumplidos en otros Estados⁹³. Por ello, presentada la solicitud de prestaciones, señala el artículo 44.2 del Rgto. 1408, "se procederá a practicar las operaciones de liquidación con respecto a todas las

EUROPEA, "Sus derechos de Seguridad social cuando se desplaza en la Unión Europea", opus cit., pág. 13. Sobre los conceptos de períodos de cotización, períodos de seguro u períodos de empleo, véase el epígrafe 3.1 del capítulo 2.

⁹² Artículo 40.1, Rgto. 1408.

⁹³ Sobre la liquidación y cálculo de estas prestaciones, incluyendo la conceptualización de lo que se entiende por prestaciones autónomas y prestaciones prorrateadas, véase el epígrafe 4 del capítulo segundo.

legislaciones a que haya estado sujeto el trabajador".

En el Reglamento nº 3 los países cuyas legislaciones cumplían las características señaladas, esto es aquellos que hacían depender la cuantía de la pensión de invalidez de los períodos de cotización previos, estaban indicados en la parte B del anexo F, de donde quizás tomaron su denominación. Hoy, a falta de tal precisión, los deducimos, a contrario sensu, del Anexo IV, letra A⁹⁴. Después de esta precisión, podemos decir que estos países son: Dinamarca; Alemania; Francia, para los trabajadores por cuenta ajena del régimen de minas y para todos los trabajadores por cuenta propia salvo para los trabajadores agrícolas por cuenta propia; Grecia, salvo para el régimen agrario; Italia; Luxemburgo; Austria; Portugal; Finlandia, salvo para las pensiones otorgadas a personas con minusvalías o que son inválidas desde corta edad; y Suecia. Islandia, Liechtenstein y Noruega, -Estados a los que se les sigue aplicando el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo⁹⁵ al no haber ingresado en la Unión- son Estados tipo B a efectos de la aplicación de los Reglamentos en

⁹⁴ Sobre los países incluidos en el anexo A, véase, en este mismo capítulo, el epígrafe 3.3.1, la invalidez tipo A: formulación legal.

⁹⁵ El Acuerdo Sobre el Espacio Económico Europeo, que entró en vigor el 1 de enero de 1994, en su Anexo VI introduce las adaptaciones de los Reglamentos comunitarios para su aplicación en el ámbito del Espacio Económico Europeo. La letra m) de este Anexo, referida a las modificaciones que se introducen en la sección A del Anexo IV del Reglamento 1408/71, sirve para incluir a los referidos Estados entre los denominados de tipo B en la coordinación de las legislaciones de invalidez.

materia de Seguridad Social.

3.4.1.2.- Excepción a la regla general: trabajadores sometidos a una legislación tipo A en el momento del hecho causante y que no necesitan acudir a legislaciones tipo B para totalizar períodos.

La regla general es que se aplicaran las previsiones de la invalidez tipo B a aquellos trabajadores que hayan estado sometidos sucesiva o alternativamente a legislaciones tipo B o a legislaciones tipo A y tipo B. Sin embargo, cuando en el momento de producirse la invalidez el trabajador estaba sometido a una legislación tipo A, aunque haya estado sujeto con anterioridad a legislaciones tipo B, se aplicarán las reglas de la invalidez tipo A si se cumplen las condiciones señaladas en el artículo 40.2 del Rgto. 1408, condiciones que podemos resumir en los siguientes términos:

- a) que el trabajador reúna los requisitos exigidos por la legislación a la que estaba sometido, o por otra legislación tipo A, totalizando períodos entre legislaciones de este tipo cuando sea necesario, pero sin que haya necesidad de acudir

a sumar períodos de seguro o residencia cumplidos al amparo de legislaciones tipo B.

b) que el trabajador "no reúna los requisitos exigidos para tener derecho a prestaciones de invalidez al amparo de una legislación" tipo B. Requisito que unido al anterior ha llevado a la doctrina ha señalar que "se trata de los casos en los que la afiliación a sistemas de tipo B ha sido marginal o de escasa relevancia"⁹⁶.

c) que el interesado no haga valer eventuales derechos a prestaciones de vejez, "habida cuenta de la segunda frase del apartado 2 del artículo 44"⁹⁷.

Este tercer requisito fue introducido por el Rgto. 1248/92, de 30 de abril⁹⁸, que consideró "que el nuevo concepto de prestaciones de la misma naturaleza en el sentido del capítulo 3 del título III del Reglamento (CEE) nº 1408/71 exige una nueva redacción del apartado 2 del artículo 40 de dicho Reglamento"⁹⁹. Por nuestra parte

⁹⁶ RODRIGUEZ PIÑERO, M. "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en la Comunidad Europea", opus cit. pág. 334.

⁹⁷ Artículo 40.2, tercer guión, del Rgto. 1408/71.

⁹⁸ D.O.C.E. nº L 136, de 19.5.92.

⁹⁹ RODRIGUEZ GUTIÉRREZ, F.J., afirma que este requisito se incorporó "para tener en cuenta la posibilidad que se ofrece en el artículo 44.2 de solicitar una demora

podemos decir que si esta era la intención es difícil reconocerla en la concreta redacción dada al precepto.

En efecto, adelantando ideas que veremos en el tercer capítulo, cuando el interesado presente una solicitud de prestaciones de vejez en un determinado Estado se procederá, mediante el juego de las reglas de coordinación entre instituciones que establecen los Reglamentos, a la liquidación de las demás pensiones a que pueda tener derecho en otros Estados. De alguna manera, la presentación de una solicitud pone en marcha un procedimiento comunitario que terminará con la liquidación de las distintas prestaciones a las que pueda tener derecho el interesado en todas aquellas legislaciones a las que estuvo sujeto. Esta regla es la que establece el artículo 44.2, primera frase. La segunda frase de este último precepto, que es a la que se refiere el artículo 40.2 que analizamos, indica que "dejará de aplicarse esta norma si el interesado solicita expresamente que se aplaze la liquidación de las prestaciones de vejez que pudieran corresponderle con arreglo a la legislación de uno o de varios Estados miembros". Esto es, cuando el interesado presente una solicitud y pida en ella el aplazamiento del reconocimiento de una prestación a la que pueda tener derecho en alguna legislación determinada, como excepción a la regla general,

en la liquidación de la pensión de vejez", en "La Seguridad social a nivel comunitario: las pensiones de invalidez, vejez y muerte", tesis doctoral, defendida en la Universidad de Deusto el 29.4.1996, pág. 285.

no se producirá la liquidación simultánea, por tanto, en todas las legislaciones a las que estuvo sujeto el trabajador sino solamente en aquellas en las que indique el peticionario¹⁰⁰.

Teniendo en cuenta la exposición precedente, esto es, básicamente como juega el mecanismo para el aplazamiento de las prestaciones de vejez, no se entiende bien el requisito a examen del artículo 40.2. Exige el precepto, como hemos visto, que para aplicar las reglas de la invalidez tipo A, en los casos a los que se refiere, el interesado no debe "hacer valer eventuales derechos a prestaciones de vejez, habida cuenta de la segunda frase del apartado 2 del artículo 44", frase que, como hemos visto, hace referencia al aplazamiento de posibles prestaciones. No queda claro si a lo que se refiere el precepto es a "hacer valer" el aplazamiento, a "hacer valer" los derechos que fueron aplazados o a ambas posibilidades¹⁰¹. Mezclar reglas de invalidez con reglas de vejez, sin definir con precisión los contornos de los ámbitos en los que juega cada una, puede conducir a

¹⁰⁰ Véase el artículo 37. d) del Rgto. 574 y lo dicho al respecto en el capítulo 3 de este estudio.

¹⁰¹ FERRERAS ALONSO, F. entiende, sin argumentar, que el requisito es aplicable a las dos alternativas cuando reescribe la exigencia reglamentaria en los siguientes términos: "que el interesado no haga valer sus derechos o haya aplazado los mismos a la pensión de vejez en cualquiera de los países afectados", en "Las prestaciones por enfermedad, maternidad e invalidez según el Reglamento comunitario 1408/71", opus cit., pág. 114.

continuas dudas en su análisis, como, por ejemplo, la que estamos viendo.

Quizás, entendemos, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 39 y 49 del mismo texto, que establecen reglas para el recálculo de las prestaciones concedidas cuando las que hayan sido aplazadas en virtud del artículo 44.2 se vayan haciendo efectivas, intentando con ellas que el beneficiario de una prestación no obtenga pensiones completas en distintos Estados sustentadas en una única carrera de seguro cumplida en diferentes Estados, seguramente, decimos, el requisito del artículo 40.2 lo que está indicando es que dejarán de aplicarse las reglas de la invalidez tipo A, como excepción, y, por tanto, se aplicarán las reglas de la invalidez tipo B, cuando se hagan efectivas las prestaciones de vejez que eventualmente se hayan aplazado. Con ello se evitaría que el interesado obtenga una prestación de invalidez única, y completa, por un Estado, en aplicación de las reglas de la invalidez tipo A, y prestaciones de vejez en otro u otros Estados en los que se han podido tener en cuenta, para su concesión, los períodos de seguro del Estado que concede la prestación de invalidez tipo A. Con esta interpretación, entendemos, adquiriría sentido la intención que tuvo el Rgto. 1248/92, esto es, la de dar una nueva redacción al artículo 40.2 en coherencia con el nuevo concepto de prestaciones de la misma naturaleza a efectos de no acumulación de prestaciones, que definió en el artículo 46 (bis).1, y que

en esencia pretende evitar la obtención de varias prestaciones derivadas de un mismo período de seguro¹⁰².

3.4.2. Requisito de haberse beneficiado de prestaciones en metálico por enfermedad o haber estado incapacitado para el trabajo inmediatamente antes de percibir la pensión de invalidez.

Existen legislaciones tipo A que para reconocer el derecho a prestaciones de invalidez exigen que el interesado haya percibido, inmediatamente antes, prestaciones en metálico por enfermedad o haya estado incapacitado para el trabajo. Para estos supuestos, el largo y enrevesado artículo 40.3 del Rgto. 1408, prevé:

- " a) Para determinar el derecho a las prestaciones en virtud de la legislación de un Estado miembro, mencionada en la parte A del Anexo IV, que subordina la concesión de las prestaciones de

¹⁰² El artículo 46 (bis).1 señala: "A efectos del presente capítulo, se entenderá por acumulación de prestaciones de la misma naturaleza toda acumulación de prestaciones de invalidez, de vejez y de supervivencia calculadas o abonadas sobre la base de los períodos de seguro y/o residencia cumplidos por una misma persona". Véase, sobre estas reglas, el epígrafe 4.5.2 del capítulo segundo.

invalidez al requisito de que durante un período determinado, el interesado haya percibido las prestaciones de enfermedad en metálico o haya estado incapacitado para el trabajo, cuando un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que haya estado sujeto a esta legislación, padezca incapacidad laboral seguida de invalidez, y esté sometido a la legislación de otro Estado miembro, se tendrá en cuenta, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 37:

i) cualquier período durante el cual, con arreglo a la legislación del segundo Estado miembro, haya percibido, por esta incapacidad laboral, prestaciones de enfermedad en metálico o en lugar de éstas, su retribución;

ii) cualquier período durante el cual, con arreglo a la legislación del segundo Estado miembro, haya percibido, por la invalidez que hubiere seguido a dicha incapacidad laboral, prestaciones con arreglo a los capítulos 2 y 3 del título III,

como si se tratase de un período durante el cual se la hubieran abonado unas prestaciones de enfermedad en metálico en virtud de la

legislación del primer Estado miembro, o durante el cual hubiera estado incapacitado para el trabajo con arreglo a dicha legislación.

b) Se tendrá derecho a las prestaciones de invalidez respecto a la legislación del primer Estado miembro, ya sea una vez agotado el período previo de indemnización de la enfermedad contenido en dicha legislación o una vez agotado el período previo de incapacidad laboral que igualmente contempla dicha legislación y, en ningún caso con anterioridad:

i) a la fecha en que se tenga derecho a las prestaciones señaladas en el inciso ii) de la letra a) en virtud de la legislación del segundo Estado miembro, o

ii) al día siguiente al último día en que el interesado tenga derecho a las prestaciones de enfermedad en metálico en virtud de la legislación del segundo Estado miembro".

Señaló la Comisión que "estas disposiciones

[introducidas por el Rgto. 2595/77¹⁰³] cubren una laguna del Reglamento nº 1408/71, en relación con la determinación de los derechos a pensión de invalidez, en virtud de una legislación de tipo A, cuando el trabajador, que ha estado sometido inicialmente a esta legislación, queda inválido mientras está sujeto a una legislación de tipo B"¹⁰⁴. Esta interpretación también ha sido seguida por parte de la doctrina que ha indicado que "la inserción de estas disposiciones fue precisa para aplicar la legislación de algunos Estados Miembros¹⁰⁵ que supeditan la concesión de

¹⁰³ Rgto. 2595/77, de 21 de noviembre de 1977, DOCE nº L-302 de 26.11.1977.

¹⁰⁴ COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEA, "Recopilación de disposiciones comunitarias sobre seguridad social" (3ª edición), Luxemburgo 1986, pág. 326; posición que se mantiene en la 4ª edición de 1994 (Luxemburgo 1995), pág. 137.

¹⁰⁵ En la obra COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, "Recopilación de disposiciones comunitarias en materia de seguridad social", 3ª edición, opus cit, pág. 326 se afirma: "La inclusión de estas disposiciones se hizo necesaria para la aplicación de la legislación del Reino Unido, así como las legislaciones belga, irlandesa y neerlandesa. De acuerdo con la legislación británica, la concesión de prestaciones de invalidez queda subordinada al requisito de haber recibido previamente, durante 168 días, prestaciones en metálico de enfermedad (12 meses según la legislación neerlandesa). Las legislaciones belga y neerlandesa no permiten que nazca el derecho sino después de haber transcurrido un período determinado de incapacidad para el trabajo. Estas disposiciones permiten la asimilación de los períodos durante los cuales el interesado ha disfrutado de prestaciones en metálico de enfermedad o prestaciones de invalidez en otro Estado miembro, para el nacimiento del derecho en virtud de las citadas legislaciones.

Por otra parte, dichas disposiciones tienen en cuenta que, por una parte, en muchos Estados miembros la continuidad en el pago de salarios supone el pago de prestaciones de enfermedad y, de otra parte, que bajo las legislaciones de tipo B puede nacer el derecho a una pensión de invalidez después de un breve período de abono de prestaciones de enfermedad, o incluso sin que la

las prestaciones de invalidez, bien al percibo de prestaciones económicas de enfermedad (Reino Unido, Irlanda)¹⁰⁶, o bien a una incapacidad laboral durante un determinado período (Bélgica, Países Bajos)"¹⁰⁷, o, cuando en términos similares a los de la Comisión, se ha afirmado que el Rgto. 2595/77, que añadió el precepto transcrito al Rgto. 1408, vino "a cubrir una laguna del Reglamento 1408/71, respecto a la determinación de los derechos a una pensión de invalidez del tipo A cuando el trabajador sometido inicialmente a esta legislación deviene inválido mientras está sometido a una legislación de tipo B",

incapacidad para el trabajo haya dado lugar a dicho abono.

Finalmente, con arreglo a las citadas legislaciones, es posible que el derecho a prestaciones sólo nazca al finalizar el período previo fijado y nunca antes de la extinción del derecho a prestaciones en metálico de enfermedad, en virtud de la legislación de tipo B, o cuando nazca el derecho a prestaciones de invalidez, de acuerdo con esta última legislación".

En términos similares RODRIGUEZ PIÑERO, M. "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades europeas", opus cit., págs. 334-335.

¹⁰⁶ Por cierto, tanto Irlanda como Reino Unido han introducido una particularidad en el Anexo VI, prácticamente idéntica en su redacción, rayana con la nulidad, a nuestro entender, por contraria a las previsiones del Reglamento, como se deduce de lo que decimos en la exposición de este epígrafe. Tales previsiones textualmente señalan: "Para la aplicación del inciso ii) de la letra a) del apartado 3 del artículo 40, no se considerarán más que los períodos durante los cuales el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, haya estado incapacitado para el trabajo según la legislación irlandesa", (letra G, punto 6), y, "para la aplicación del inciso ii) de la letra a) del apartado 3 del artículo 40 no se tendrán en cuenta más que los períodos durante los cuales el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia haya estado incapacitado para el trabajo en el sentido de la legislación del Reino Unido", (letra O, punto 14).

¹⁰⁷ ~~RAEPENBUSCH, S.V., "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo"~~, opus cit. pág. 562.

indicando, además, que "de esta forma se amplía la aplicación del principio de prestación 'completa' única, según legislación única a cargo de institución única a otros supuestos" a los que también se les van a aplicar las previsiones del artículo 39¹⁰⁸.

El supuesto de hecho al que el precepto se refiere es al de un trabajador que ha estado sometido a una legislación tipo A, legislación en concreto que exige, resumiendo, para la concesión de las prestaciones de invalidez, que el trabajador haya percibido prestaciones de enfermedad con anterioridad, y que con posterioridad a su vinculación a esa legislación tipo A esté sometido a otra cuando se produce el hecho causante de la prestación. Esta segunda legislación, entendemos, puede ser tanto tipo A como tipo B, pues el precepto no diferencia, en contra de lo señalado tanto por la Comisión como por algún autor, como hemos visto. Si la legislación a la que está sometido en el momento de producirse la invalidez es tipo A, y todas las demás a las que ha estado sometido el trabajador han sido tipo A, se aplicaran las reglas previstas en el artículo 37.1 en relación con el artículo 39 y, por consiguiente, la institución de afiliación será la competente, y solamente en el caso de que en la institución de afiliación no se cumplan los requisitos exigidos para tener derecho a la prestación se aplicarán las reglas de

¹⁰⁸ RODRIGUEZ PIÑERO, M. "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades europeas", opus cit., págs. 334-335.

"retroacción", en cuanto a la institución competente, previstas en el artículo 39.3, momento en el que podrán entrar en juego las previsiones de artículo 40.3 a) comentado.

Si el segundo Estado al que se está sometido es un Estado tipo B las reglas de coordinación que se van a aplicar son las que hemos visto para los supuestos de coincidencia de legislaciones tipo A y B, esto es, las del capítulo 3, o, simplificando, las de totalización y prorrateo entre instituciones aplicables a las prestaciones de vejez, salvo la excepción prevista en el artículo 40.2. Es en este caso en el que las previsiones del artículo 40.3 pueden entrar en juego con mayor frecuencia, porque en estos supuestos también va a ser competente para la concesión de las prestaciones la institución que aplique la legislación tipo A. Estamos, entendemos, por tanto, ante una previsión fundamentalmente válida para los supuestos de aplicación de las reglas de coordinación de las denominadas legislaciones tipo B y no ante un supuesto en el que por excepción se aplican las reglas tipo A, como sucede con la previsión del artículo 40.2¹⁰⁹.

Jurisprudencialmente el problema fue tratado y resuelto con anterioridad a la modificación del Rgto. 1408 por la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre

¹⁰⁹ En contra, como hemos visto, RODRIGUEZ PIÑERO, M. "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades europeas", opus cit., págs. 334-335.

de 1977, asunto 41/77, Warry¹¹⁰. El supuesto de hecho de la sentencia se puede resumir, por lo que aquí nos interesa, del siguiente modo: se trataba de un ciudadano británico que después de estar asegurado en Gran Bretaña (de 1933 a 1971) se traslada a vivir a Alemania donde trabajó y estuvo asegurado (de 1971 a 1973) hasta el momento en que se le declaró una enfermedad (1973) por la que estuvo percibiendo prestaciones en Alemania hasta que pasó a percibir una prestación de invalidez por este mismo Estado. "Habiendo presentado también una solicitud de pensión de invalidez en Gran Bretaña, esta le fue denegada por la autoridad competente en materia de tramitación, el 'Insurance officer', alegando que no se le había reconocido el derecho a prestaciones de enfermedad durante el período de 168 días previsto por la legislación británica - condición previa, según dicha legislación, para la concesión de una pensión de invalidez- y que no podía lograr el derecho que solicitaba"¹¹¹.

Planteado el debate en estos términos el Tribunal, además de recordar los principios que deben considerarse en la interpretación de las normas a este supuesto¹¹², lo

¹¹⁰ Recopilación 1977, págs 2085 y ss.

¹¹¹ Fundamento de derecho 3.

¹¹² El Fundamento de derecho 19 señala: "que, según el cuarto y sexto considerandos del reglamento 1408/71 del Consejo, 'las normas de coordinación de las legislaciones nacionales de seguridad social se inscriben en el marco de la libre circulación de los trabajadores nacionales de los Estados miembros y deben, por ello, contribuir a la mejora de su nivel de vida y de las condiciones de su empleo,

primero que aclaró es que estamos ante un supuesto en el que se van a aplicar las reglas de coordinación de las denominadas invalideces tipo B, como hemos indicado más arriba. Para ello el Tribunal parte de dos premisas, recogidas en diferentes considerandos de su sentencia, señalando que "considerando [en primer lugar] que la legislación alemana en materia de pensiones de invalidez es una legislación según la cual el importe de las prestaciones no es independiente de la duración de los períodos de seguro, es decir, es del tipo denominado B; [y considerando, en segundo lugar,] que el artículo 40 del Reglamento 1408/71 prevé que el trabajador que ha estado sometido sucesiva o alternativamente a las legislaciones de dos o más Estados miembros, de las cuales al menos una no es del tipo a que se refiere el artículo 37, apartado 1, es decir del tipo denominado A", partiendo de estas dos premisas, decimos, el Tribunal resuelve que el trabajador "se beneficiará de las prestaciones de invalidez conforme a las disposiciones del capítulo 3, que son aplicables por

garantizando dentro de la Comunidad, por una parte, a todos los nacionales de los Estados miembros, la igualdad de trato respecto a las diferentes legislaciones y, por otra, a los trabajadores y a sus derecho habientes, el beneficio de las prestaciones de seguridad social, sea cual fuera el lugar de su empleo o de su residencia', objetivos que 'deben ser alcanzados, principalmente mediante la totalización de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para la adquisición y la conservación del derecho a prestaciones, así como para el cálculo de las mismas, y para el servicio de prestaciones de las distintas categorías de personas amparadas por el Reglamento, sea cual fuera el lugar de su residencia dentro de la Comunidad".

analogía"¹¹³, esto es, el Tribunal deja sentado, por la repercusión que tiene para la solución del asunto, que estamos ante un supuesto en el que se van a aplicar las reglas de las invalideces tipo B y no las de las invalideces tipo A.

Aclaradas las reglas aplicables al supuesto planteado, con buen criterio y lógica certera, el Tribunal entendió que "cuando un trabajador ha estado sucesivamente sometido a las legislaciones de dos Estados miembros, de las cuales al menos una es del tipo B, las disposiciones del artículo 45 del Reglamento, que forman parte del capítulo 3, son aplicables por analogía a las prestaciones de invalidez"¹¹⁴ y "que, en virtud de esta disposición, los períodos de seguro cumplidos en la República Federal de Alemania deben tomarse en cuenta, en la medida necesaria, para la adquisición del derecho a las prestaciones de invalidez como si se tratara de períodos cumplidos bajo la legislación británica"¹¹⁵, lo cual evidencia, de alguna forma, que, con anterioridad a la introducción de estas modificaciones en el Reglamento, no existía la laguna indicada por la Comisión como justificación para la inclusión de estas reglas en el precepto, inclusión que, sí es cierto, vino a regular con detalle algunos puntos en los que podrían plantearse problemas en estos casos, sobre

¹¹³ Fundamentos de derecho 20 y 21.

¹¹⁴ Fundamento de derecho 22.

¹¹⁵ Fundamento de derecho 24.

todo en cuanto a las fechas de inicio del pago de las prestaciones, cuestiones que aborda la letra b) del artículo 40.3, precisiones que en tanto en cuanto vienen a dar seguridad y claridad en el régimen jurídico de estos supuestos siempre son oportunas.

3.4.3. Institución competente para el abono de las prestaciones.

3.4.3.1. Regla general.

Ya hemos indicado que, a diferencia de las reglas de invalidez tipo A, donde juega el principio de una prestación única abonable por una institución única, las reglas aplicables a las prestaciones de invalidez tipo B, por la remisión que hacen a las prestaciones de vejez, suponen, en principio, que se abonarán tantas prestaciones como legislaciones a las que se haya estado sometido.

Veremos en detalle al examinar las normas de totalización de períodos y liquidación de prestaciones cómo juegan las reglas de distribución de prestaciones entre las diferentes instituciones implicadas, sin embargo vamos a

adelantar, en el epígrafe siguiente, aunque sea de manera descriptiva, algunas de éstas reglas para poder acercarnos a un problema hoy resuelto en nuestra jurisprudencia, pero que ha planteado, y aún suscita, importantes dificultades, cual es si corresponde a la institución española adelantar las prestaciones que sean debidas por otras instituciones extranjeras.

3.4.3.2. Dificultades en la jurisprudencia y en la doctrina española: "el adelanto de prestaciones".

Un trabajador que ha estado sometido a diferentes legislaciones y al que le sean aplicables las reglas de invalidez tipo B va a tener derecho a prestaciones en los diferentes Estados a cuyas legislaciones estuvo afiliado. Estas prestaciones pueden ser proporcionales al tiempo de sometimiento a cada legislación, cuando en ninguna de ellas reuniera los períodos necesarios de cotización para tener derecho a una prestación concedida exclusivamente por la institución en la que los haya cumplido, o pueden ser en unos Estados proporcionales y en otros completas, de acuerdo con su legislación, cuando reúna en alguna de ellas todos los requisitos exigidos para tener derecho a las

prestaciones¹¹⁶, o incluso puede ocurrir que en algún Estado, a pesar de la totalización de períodos cumplidos en otros, no tenga derecho ni siquiera a una pensión prorrateada porque no reúna los requisitos mínimos exigidos por esa legislación para su concesión. En cualquier caso, cada institución responderá únicamente de su prestación, proporcional o completa, y el trabajador únicamente podrá exigir el abono de cada una de ellas a cada institución deudora, pero ninguna institución puede responder del abono de la prestación debida por otras instituciones, ni el trabajador puede exigir esta responsabilidad con apoyo en las previsiones reglamentarias. En palabras del propio Reglamento: "el interesado tendrá derecho a percibir de la institución competente de cada Estado miembro afectado la prestación ... determinada de acuerdo con lo dispuesto en los apartados 1 y 2" del artículo 46, precepto que establece las reglas para la liquidación de prestaciones¹¹⁷, esto es, cada Estado debe "su" prestación y a cada Estado puede exigirle el trabajador el abono de la misma, los Reglamentos, por tanto, no establecen que un Estado tenga que responder de las prestaciones debidas por

¹¹⁶ Véanse las reglas de liquidación del artículo 46 del Rgto. 1408 que analizamos en el capítulo segundo, epígrafe 6.2.

¹¹⁷ El texto íntegro del artículo 46.3 tiene el siguiente tenor: "el interesado tendrá derecho a percibir de la institución competente de cada Estado miembro afectado la prestación más elevada, determinada de acuerdo con lo dispuesto en los apartados 1 y 2, sin perjuicio, llegado el caso, de la aplicación del conjunto de las cláusulas de reducción, suspensión o supresión previstas por la legislación en virtud de la cual dicha prestación habrá de ser abonada".

otros.

Los Reglamentos comunitarios, sabemos, son normas de coordinación de los diferentes sistemas nacionales de seguridad social que no crean un sistema de seguridad social europeo único para los trabajadores migrantes¹¹⁸; determinarán, eso sí, la toma en consideración de períodos de seguro y situaciones cumplidas en los distintos Estados para el reconocimiento de prestaciones, así como también van a facilitar el traslado de solicitudes y reclamaciones que cada trabajador tenga que presentar en cada caso frente a las distintas instituciones de los diferentes Estados, pero en modo alguno regulan el establecimiento de una única prestación de la que deba responder cualquier institución implicada.

Estas reglas que, en principio, parecen tan claras han planteado importantes problemas a nuestra jurisprudencia a la hora de su interpretación. La confusión y dificultades para su entendimiento, en este punto, les surgieron a nuestros tribunales al examinar las reglas que regulan el cálculo de las prestaciones proporcionales, comúnmente conocidas como pensiones "pro rata temporis". Simplificando la exposición de esas reglas en este momento, y por lo que

¹¹⁸ En este sentido señalan ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., que "no pretende el Tratado de la Comunidad Europea crear un sistema comunitario único de seguridad social, sino coordinar o hacer converger los distintos sistemas de los Estados miembros, respetando la diversidad, propia de la historia y la cultura de cada Estado", "Instituciones de seguridad social", opus cit., pág. 358.

aquí nos interesa, podemos decir que cuando una institución necesite para conceder una de sus prestaciones períodos cumplidos por el interesado en otro Estado, (si no es necesario acudir a los períodos cumplidos en otros Estados porque tenga suficientes con los cubiertos bajo su legislación concederá la prestación únicamente teniendo en cuenta sus períodos), totalizará o sumará con los suyos, en la medida necesaria, los períodos cumplidos en otros Estados y, con el resultado final de la suma, calculará la pensión a la que hipotéticamente hubiera tenido derecho el trabajador si hubiera cumplido todos esos períodos en el Estado que lleva a cabo la totalización. Esta es la denominada pensión teórica. De esa pensión teórica, calculada aplicando las reglas de su legislación, -con lo que existirán tantas pensiones teóricas como instituciones competentes entren en juego-, la institución competente abonará, no obstante, la parte proporcional que se corresponda con los períodos realmente cumplidos en su legislación; a esta parte que abona es a la que se denomina pensión prorrateada o pensión real¹¹⁹.

¹¹⁹ "... la regla prorrateada temporis conduce a computar el período cotizado en otro país junto con el efectuado en España (lo que se denomina totalización) para determinar así la cuantía de la pensión teórica (que se abonaría, efectivamente, por la Entidad Gestora si todo el tiempo cotizado lo hubiera sido respecto de ella); pero, una vez obtenida, el importe de la pensión real (la que efectivamente va a satisfacer) se debe fijar en relación con la parte proporcional que corresponda por los períodos efectivamente cumplidos bajo la legislación española", SEMPERE NAVARRO, A. V. "Jurisprudencia social en unificación de doctrina 1993-1994", Aranzadi; Pamplona 1995, págs 460-461. Véase sobre esta materia TORTUERO PLAZA, J.L. "Técnicas de aplicación de los Convenios bilaterales de Seguridad Social suscritos por España con

La pensión teórica, por tanto, no es más que un parámetro de cálculo que sirve de referencia para la determinación de la pensión que debe abonar cada institución, parámetro de cálculo o pensión teórica que será diferente en cada legislación porque cada una aplica, para su determinación, las reglas y requisitos propios de su sistema¹²⁰. Estas reglas, reiteramos, suponen que existirán tantas pensiones teóricas como legislaciones entren en juego y que, por tanto, pueden existir tantas pensiones "pro rata" como pensiones teóricas, e incluso podría darse el caso de que en algún Estado no se tuviera derecho a pensión porque el interesado, a pesar de la

los Países de la CEE", en Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón y Del Peso, Madrid 1980, págs. 346 y ss.. GARCIA ABELLEIRA, F. J. "La regla pro rata temporis y el anticipo por la Entidad gestora española de la parte de pensión de Seguridad social a cargo de organismo extranjero", Actualidad Laboral nº 20, Madrid 1993.

¹²⁰ En este sentido señaló la doctrina, refiriéndose a los convenios bilaterales en materia de seguridad social pero sus afirmaciones son aplicables íntegramente a los Reglamentos comunitarios, que "los convenios internacionales suscritos por España, en concreto, no pasan de ser instrumentos de distribución de derechos y obligaciones de los interesados con respecto a las legislaciones internas afectadas, de relación de las Entidades Gestoras de cada una de las legislaciones para asegurar las satisfacciones de tales derechos y obligaciones, y de reconocimiento y aceptación recíprocos de ciertos elementos (cotizaciones, etc), cumplidos al amparo de cada una de esas legislaciones. En ningún caso pretenden la "exportación" de los principios y técnicas jurídicas de uno de los ordenamientos nacionales, con la pretensión de que tengan validez u operatividad en el otro ordenamiento; de ahí el difícil equilibrio formal que los Convenios suponen", GONZALO Y GONZALEZ, B. y GONZALEZ-SANCHO LÓPEZ, E. "Consideraciones en torno a la interpretación y aplicación de los convenios internacionales de seguridad social", Mutualismo Laboral, Madrid 1975, págs. 115-116.

totalización de períodos, no cumpliera los requisitos exigidos para "lucrarla". Posibilidad, esta última, digámoslo ahora, que puede darse con mayor facilidad en las prestaciones de invalidez donde el reconocimiento de un grado con derecho a prestación, salvo en los supuestos previstos en el artículo 40.4¹²¹, no vincula a las diferentes instituciones. En todo caso, como ya dijo la doctrina, "en parte alguna ...[de ningún convenio internacional de Seguridad social] ... se dice que el hecho de corresponder a un beneficiario una pensión prorrateada por parte de un país conlleva automáticamente el que le corresponda otra pensión prorrateada por parte del segundo país, el cual exige requisitos diferentes al primero - carencias, porcentajes de disminución de la capacidad, etc.- para el reconocimiento del derecho"¹²².

Nuestra jurisprudencia se enfrentó desde antiguo¹²³ al problema de si la institución española debía abonar al interesado únicamente su pensión "pro rata", o si, además, debía adelantar la hipotética parte que pudieran deber las

¹²¹ Sobre el artículo 40.2 véase lo que se dice en el epígrafe 3.4.5.2 de este capítulo.

¹²² GONZALO Y GONZALEZ, B. y GONZALEZ-SANCHO LÓPEZ, E. "Consideraciones en torno a la interpretación y aplicación de los convenios internacionales de seguridad social", opus cit., pág. 93.

¹²³ STS de 30.4.1969 (Ar. 2150). Un análisis de esta jurisprudencia puede verse en GONZALO Y GONZALEZ, B. y GONZALEZ-SANCHO LOPEZ, E. "Consideraciones en torno a la interpretación y aplicación de los convenios internacionales de seguridad social", opus cit., págs. 85-115.

instituciones extranjeras, reembolsándose con posterioridad de estas. Reiteradamente entendieron nuestros Tribunales que procedía dar una respuesta afirmativa a la cuestión. Entendieron, en efecto, que la institución española debía abonar su prestación y adelantar la foránea. Tal solución se asentaba, esencialmente, sobre dos bases equivocadas, a nuestro juicio. En primer lugar, entendían que la pensión teórica era un único parámetro de cálculo válido para todas las instituciones implicadas que debían liquidar su prestación partiendo de esa única referencia, sin tener en cuenta que es un parámetro de cálculo elaborado únicamente en aplicación de la legislación interna del Estado que la determina y que, por consiguiente, cada Estado "tendrá" su pensión teórica. En segundo lugar, entendían que la Seguridad social española respondía a un principio de unidad del que se derivaba el pago inmediato de la prestación por nuestras entidades y la posterior compensación entre organismos de los demás países implicados¹²⁴, evitando con ello al trabajador "la penosa

¹²⁴ Comentando este punto se señaló por la doctrina que "al referirse a la unidad de la Seguridad Social, el Tribunal Supremo parece estar haciendo especial remisión a la técnica interna según la cual es una sola Entidad Gestora la que reconoce y abona una prestación, aunque luego prorratee con otra (caso, por ejemplo, del art. 68 del Reglamento General del Régimen Especial Agrario, aprobado por Decreto 3772, de 23-XII-1972). El principio de unidad, así entendido, asume un carácter contingente tanto en el tiempo (no siempre ha sido así) cuanto en el espacio (en muchos países, no existe dicha unidad ni siquiera en el plano interno), por lo que difícilmente puede predicarse de la Comunidad internacional ni extenderse al Derecho de Seguridad Social internacional, cuya modesta pretensión es la mera coordinación de legislaciones soberanas constitutivas de sistemas independientes", GONZALO Y GONZALEZ, B. y GONZALEZ-SANCHO

y no fácil gestión de sus derechos en cada uno de los de los"¹²⁵ diferentes Estados, argumento que "supone evidentemente desconocimiento de las fórmulas y procedimientos de gestión de los Convenios internacionales ... (que) ..., justamente porque es obvio, todos los Convenios internacionales contienen normas muy precisas ...

LOPEZ, E. "Consideraciones en torno a la interpretación y aplicación de los convenios internacionales de seguridad social", opus cit., pág. 106.

¹²⁵ STS de 25.4.1973, (Ar. 2849), que sigue a la STS de 8.5.1970 (Ar. 2538). La sentencia de 25.4.1973, haciendo un análisis más detallado del problema señala: "... es obvio que no cabe imponer al obrero que realizó labores en diversos territorios nacionales, la penosa y no fácil gestión de sus derechos en cada uno de los dos países, por ello es manifiesto que al limitarse la aportación del Organismo Español a su cuota proporcional de responsabilidad directa para el inválido de sus derechos frente al Organismo germano, para que allí los esgrima, se incide en una agravación, incompatible, de un lado con el Convenio, y de otro con la legislación española, y doctrina de esta Sala, al precisar que no existe sino una sola Seguridad Social en España, pese a la variedad de sus organizaciones, y sea quien fuere de ellos el llamado primordialmente a afrontar la inmediata atención de las prestaciones, sin perjuicio de que cada entidad liquide y compense aportaciones y adelantos que deban imputarse a otros organismos parcialmente obligados, sin perjuicio de que cada entidad liquide y compense aportaciones y adelantos que deban imputarse a otros organismos parcialmente obligados ...", continuando, "... el fallo recurrido infringe el principio interno de unidad de la Seguridad Social, según los arts. 91.8 y 12 de la Ley de Seguridad Social ..." y termina señalando que tanto el Convenio hispano-alemán como el Acuerdo complementario establecen "... un Organismo realizador del pago, el competente, que es en este caso España, y un "reembolso" gestionado por el Organismo que adelante prestaciones, y a cargo del otro Organismo que adelante prestaciones, y a cargo del otro Organismo, que por el sistema de cuotas proporcionales, también resulte obligado, gestión que de cierto no se hace gravitar sobre el obrero beneficiario ... porque este principio general de pago inmediato y compensación ulterior entre Organismos de los dos países, ha sido estimado como el precedente por esta Sala, en circunstancia equiparables, en su sentencia de 30.4.1969, y concretamente en presencia del Convenio hispano-alemán en la de 8 de mayo de 1970".

para que no se malogren los derechos de los asegurados por culpa de su "penosa y no fácil gestión" en los diferentes países"¹²⁶.

Como condensación de estos dos equívocos es ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo de 25.4.1973¹²⁷ donde se dice, con una construcción sintáctica difícil: "Considerando

¹²⁶ GONZALO Y GONZALEZ, B. y GONZALEZ-SANCHO LOPEZ, E. "Consideraciones en torno a la interpretación y aplicación de los convenios internacionales de seguridad social", opus cit., pág. 98, donde también se indica que "la parte que todos los tratados internacionales sobre Seguridad Social, y más aún los Acuerdos Administrativos dictados para su aplicación, dedican a los aspectos prácticos de la gestión de los derechos de los trabajadores, es muy extensa. Fruto de ello es la innumerable cantidad de "formularios de enlace", la creación y funcionamiento constante de "Oficinas de Enlace" la concesión de anticipos por parte de un país con cargo al otro, el efecto bilateral de la presentación de solicitudes de prestación ante la Entidad Gestora competente de un solo Estado, la constante verificación de pruebas, emisión de dictámenes y realización de encuestas, en régimen de reciprocidad entre Entidades, etc.. Esto es, la puesta en práctica del principio de "colaboración administrativa"; principio tan transcendente en esta materia, que el Derecho internacional de Seguridad Social ha llegado a denominarse por algunos autores como "Derecho de la coordinación administrativa internacional", págs. 98-99. OJEDA AVILES, A., en "Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea", opus cit., pág. 60, por su parte, entiende que estas previsiones que existen en los Reglamentos comunitarios no aparecían en los convenios bilaterales de seguridad social, señalando, por tanto, que la situación derivada de las Reglamentos es "muy distinta a la anterior de los convenios bilaterales, donde se patentizaba el calvario del trabajador en un peregrinaje de instituciones propias y extranjeras cada una de las cuales sólo pretendía ver sus exclusivas responsabilidades", afirmación que no compartimos pues reglas similares a las de coordinación establecidas en los Reglamentos, por lo que aquí nos interesa, se contenían y se contienen también en los convenios bilaterales.

¹²⁷ Ar. 2849.

que no discutida la participación de cuotas de la Seguridad Social española, ésta debe asegurar el percibo del ciento por ciento de la indiscutida base de 2.772 pts. mensuales de pensión debida, sólo una cuota de 940 pts., y grabando a la Seguridad social de la República Federal Alemana con la cuota de las 1.833 pts. restantes: Es obvio que la condena definitiva e intransferible correspondiente a la Mutualidad de Transportes se cifrará sólo en las aportaciones derivadas de esa proporción, pero extendiendo la obligación de pago a la totalidad, sin perjuicio de los derechos de reintegro de las obligaciones adelantadas por consecuencia de esa cuota de 1.833 pts. de pensión, el que se podrá reintegrar por gestión propia de la Mutualidad, según Convenio y Legislación aplicable ... FALLAMOS: que debemos condenar y condenamos a la Mutualidad Laboral de transportes a que por el concepto de invalidez absoluta, de la que es beneficiario Atilano P. F. , afronte en forma legal el pago de una pensión del ciento por ciento de una base reguladora de dos mil setecientas setenta y tres pesetas mensuales: de las obligaciones resultantes, según esta base, las que corresponden novecientas cuarenta pesetas mensuales serán de la directa responsabilidad de la Mutualidad Laboral de Transporte, y en cuanto a las obligaciones que convengan a las mil ochocientas treinta y tres restantes se reservan a la Mutualidad dicha sus derechos de reembolso contra los Organismos responsables de la República Federal Alemana según las estipulaciones del Convenio Hispano-Germano de 29-X-1959 y de su Protocolo

Complementario de la misma fecha".

Con posterioridad a estas primeras resoluciones nuestra jurisprudencia se mostró vacilante¹²⁸ en cuanto a la solución que debiera darse al problema planteado. Hoy, no obstante, parece que la jurisprudencia ha quedado consolidada en sentido contrario al anticipo a partir de la STS de 20 de diciembre de 1991¹²⁹, entendiendo, por tanto, que la institución española únicamente puede y debe responder de la prestación completa o de la parte prorrateada que le corresponda.

Empero las posiciones no son tan unánimes en la doctrina. Algún autor, considerando desacertada esa solución jurisprudencial, y partiendo de posiciones próximas a las analizadas¹³⁰, entiende actualmente que "la

¹²⁸ En efecto, mientras existía jurisprudencia que mantenía el adelanto de la prestación por la Entidad española (SSTS 1.6.1981 -Ar. 2594-; 9.3.1982 -Ar. 1446-; 5.6.1984 -Ar. 3291-; 5.4 y 18.10.1989 -Ar. 2940 y 7296-; 25.6.1993 -Ar. 2849-), otra era contraria a tal adelanto (SSTS 11.11.1986 -Ar. 6676-; 27.11.87 -Ar. 8081-; 6.2 y 7.7.1989 -Ar. 691 y 5432-). Un análisis condensado de esta jurisprudencia puede verse en OJEDA AVILES, A. "Las pensiones de invalidez y jubilación en la Unión Europea", opus cit., págs. 59 y 60; también en LOPEZ LOPEZ, J. "Seguridad social comunitaria y jurisprudencia Española", Civitas, Madrid 1996, págs. 87-95.

¹²⁹ Sentencia dictada en casación para unificación de doctrina -Ar. 9274- y que ha sido seguida de otras muchas, por ejemplo, 14 y 24.2.1992 -Ar.1375 y 1054-; 26.3.1992 -Ar. 1878-; 31.7.1992 -Ar. 5674-; 25.1.1993 -Ar. 267-; 31.3.1993 -Ar. 2227-; 24.9.1993 -Ar. 7034-; 16.2.1994 -Ar. 1054-.

¹³⁰ LOPEZ LOPEZ, J. "Seguridad social comunitaria y jurisprudencia Española", opus cit., pág. 88, señala que "... la prorrata no es más que el efecto de la aplicación del principio de totalización, que permite construir una

línea argumental que mantiene el anticipo de las prestaciones por parte del ente gestor es más coherente con el modelo trazado en el Reglamento, salpicado de constantes referencias a la eliminación de trabas administrativas a la libertad de circulación de los trabajadores migrantes"¹³¹. Aunque tal opción pudiera ser deseable, como cualquier otra diseñada en abstracto, entendemos que es contraria a la actual regulación de los Reglamentos que, aparte de las consideraciones hechas anteriormente sobre lo que es la pensión teórica, no permiten a las distintas entidades deudoras, en los supuestos que estamos analizando, abonar las prestaciones debidas por otros Estados y después subrogarse en los derechos del interesado frente a ellas, con lo que, con esta solución, se grabaría a las entidades españolas con una obligación que no van a poder descargar, después, en las que verdaderamente deben soportar el pago de la prestación, permaneciendo, además, vivo el derecho del trabajador frente a las entidades extranjeras que resulten verdaderamente deudoras¹³².

pensión teórica, una pensión real y después aplicar el principio pro rata temporis ...", cuando sabemos que es a la pensión teórica a la que se aplica la cláusula pro rata temporis para determinar la pensión real.

¹³¹ LOPEZ LOPEZ, J., "Seguridad social comunitaria y jurisprudencia española", opus cit., pág. 89.

¹³² "La regla de reparto o prorrateo implica que quien ha estado sujeto a más de un sistema de Seguridad Social no va a recibir una única prestación, sufragada por una única institución; en ese caso habría un sistema interactivo o integrado de cómputo y abono de prestaciones, lo que plantea graves peligros de disfunciones financieras. Desde luego, es obvio que para el beneficiario sería mucho más cómodo y ventajoso el que ello se produjera, pero los Reglamentos comunitarios no han podido llegar a ese nivel

En este desmarque doctrinal, aunque ahora con apoyo en la norma y no en los principios deseados, podemos situar la argumentación que fundamenta el anticipo de las prestaciones en lo dispuesto en el artículo 45 del Rgto. 574. En efecto, compartiendo la idea básica que hemos expuesto, esto es, que mientras no exista en el Reglamento la obligación de adelantar la prestación cada institución sólo debe asumir la suya, algún autor ha entendido, no obstante, que tal obligación existe y que se deriva, para los supuestos que regula, de la previsión contenida en el artículo 45 del Rgto. 574¹³³. En este sentido se ha indicado que "cuando según los datos recibidos existe un derecho a prestaciones, la institución instructora abonará al interesado un anticipo recuperable de una cuantía adecuada y lo más cercana posible al que probablemente haya de arrojar la liquidación practicada en aplicación del apartado 2 del Reglamento (es decir, del prorrateo). Como vemos, -continúa señalando- no ya por tratarse de una obligación solidaria, sino por directa imposición de las

de cooperación interestatal. El reparto significa que hay prestaciones independiente con cargo a diversos ordenamientos jurídicos; por eso cada Estado ha de satisfacer sólo la parte de pensión que le corresponde, sin que exista obligación alguna de la Entidad instructora en orden a asumir la totalidad de las prestaciones adeudadas a fin de reclamar luego a los otros Estados", MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J. M.; SEMPERE NAVARRO, A., "Derecho social europeo", Tecnos, Madrid 1994, pág. 268.

¹³³ Así señala OJEDA AVILES, A. "Pero hemos dicho que no cabe la comunicación de deudas mientras las leyes no lo establezcan, y esto es justamente lo que el art. 45 del Reglamento 574/72 ha determinado para las pensiones comunitarias", "Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión europea", opus cit., pág. 61.

normas comunitarias, debe adelantarse la pensión total siempre y cuando se deduzca el derecho a prestaciones de los datos operantes en poder de la institución instructora"¹³⁴.

Pero tal argumentación, entendemos, no es exacta. El artículo 45 del Rgto. 574¹³⁵ regula, efectivamente, el "pago de prestaciones a título provisional y anticipos sobre las mismas", sin embargo, no carga este anticipo sobre la institución instructora, al menos en los términos que se han indicado. En efecto, lo que el artículo 45 prevé es que cuando en la tramitación del que podríamos llamar expediente comunitario se compruebe que el interesado puede tener derecho a prestaciones, en aplicación de alguna de las legislaciones que entren en juego, la legislación de la que se derive tal derecho deberá adelantar, a título provisional, la prestación que seguramente le otorgará con carácter definitivo. Pero esta prestación que se adelanta es la debida en aplicación de su legislación, no las prestaciones que puedan derivarse de la aplicación de las legislaciones de los demás Estados en los que también pueda tener derecho. La institución instructora será la primera que deba adelantar la prestación si, de acuerdo con su legislación, en ella tiene derecho a prestaciones; si no corresponde este adelanto a la institución instructora ella

¹³⁴ OJEDA AVILES, A. "Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea", opus cit., pág. 61.

¹³⁵ Véase el anticipo de prestaciones en el capítulo 3 de este estudio.

será la que determine, en su caso, a cuál de las implicadas le corresponde, en aplicación de las reglas establecidas en el citado precepto.

3.4.3.3. En los supuestos en los que, como excepción, se aplican las reglas de la invalidez tipo A.

Cuando se apliquen las reglas de la invalidez tipo A, en los supuestos que hemos visto del artículo 40.2, como excepción a la regla general, la institución competente para el abono de la prestación será solo una y se determinará aplicando las reglas de la invalidez tipo A. Obviamente, para comprobar que el solicitante de una prestación se encuentra en alguno de estos supuestos es necesario una primera fase del procedimiento que se tramita de acuerdo con las reglas previstas para las prestaciones de invalidez tipo B, pero, una vez comprobado que son aplicables las previsiones del artículo 40.2 del Rgto. 1408, se tramitará como pensión tipo A, según indica el artículo 43.4 del Rgto. 574¹³⁶.

¹³⁶ Sobre las reglas de tramitación en estos supuestos véase el capítulo 3.

3.4.4. El requisito del aseguramiento en el momento del hecho causante: las previsiones para nuestro sistema.

El requisito de seguro o de vinculación a una legislación en el momento del hecho causante de la prestación vimos ut supra¹³⁷ que se ha considerado como una de las características clásicas de las legislaciones tipo A. Sin embargo, es en los preceptos aplicables a las invalideces tipo B donde recibe un tratamiento específico. En efecto, el artículo 45.5, incluido dentro del capítulo 3 del título III, del Rgto. 1408, prevé que "cuando la legislación de un Estado miembro subordine la adquisición, la conservación o la recuperación del derecho a las prestaciones a una condición de seguro en el momento en que se produzca el hecho causante, se presumirá el cumplimiento de dicha condición en caso de aseguramiento en virtud de la legislación de otro Estado miembro, según las normas establecidas en el Anexo VI para cada Estado miembro interesado".

Por lo que ahora nos interesa, y como puntualización adelantada, sabemos que, de acuerdo con las reglas de la invalidez tipo A, la institución competente viene

¹³⁷ Véase el apartado 3.3.3.2.

determinada por la afiliación o sometimiento a una determinada legislación en el momento del hecho causante. Sin embargo, cuando las legislaciones tipo A y tipo B entran en contacto, y se aplican las reglas de la invalidez tipo B, el supuesto normal es que también sea competente para el abono de las prestaciones, aunque lo sea a prorrata, una legislación tipo A, legislación a la que es posible que no estuviera sujeto el trabajador en esa fecha, por lo que, siendo este uno de los requisitos típicos de las legislaciones tipo A para otorgar derecho a las prestaciones, estos serán los supuestos habituales en que la regla transcrita del artículo 45.5 entre en juego para estas prestaciones, reconociendo la institución tipo A la situación de afiliación cumplida en otro Estado¹³⁸.

En todo caso, y ahora ya tanto para las prestaciones tipo A como para las prestaciones tipo B, aunque desde la perspectiva de nuestro Estado, en relación con el último inciso del artículo 45.5 transcrito, en el Anexo VI del Rgto. 1408 se especifican, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 89 del mismo Rgto. 1408¹³⁹, las "modalidades particulares de aplicación de las legislaciones de ciertos Estados miembros". Por lo que se refiere a España, la letra D, punto 3, del citado anexo

¹³⁸ Véase lo que dijimos al respecto en el epígrafe 3.3.3.2 de este capítulo.

¹³⁹ El artículo 89 textualmente dispone: "Las modalidades particulares de aplicación de las legislaciones de determinados Estados miembros se especifican en el Anexo VI".

señala: "todo trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que haya dejado de estar asegurado con arreglo a la legislación española, se considerará que lo está todavía en el momento en que se produzca el hecho causante, a efectos de aplicación de lo dispuesto en el capítulo 3 del título III del Reglamento, si está asegurado con arreglo a la legislación de otro Estado miembro en el momento en que se produzca el hecho causante o, en su defecto, en el caso en que una prestación sea debida de acuerdo con la legislación de otro Estado miembro por el mismo hecho. Sin embargo, se considera como cumplido éste último requisito en el caso mencionado en el apartado 1 del artículo 48"¹⁴⁰.

¹⁴⁰ No todos los Estados han introducido en el Anexo VI alguna previsión sobre este particular. Los que lo han hecho, y el contenido de tales declaraciones, son los siguientes:

BÉLGICA, (Anexo VI, letra A, punto 10): "Se considerará que todo trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que haya dejado de estar asegurado en Bélgica con arreglo a la legislación belga sobre el seguro de enfermedad-invalidez (que supedita la concesión del derecho a las prestaciones también a la condición de estar asegurado en el momento de la realización del riesgo) estará asegurado en el momento de la realización del riesgo a efectos de la aplicación de lo dispuesto en el capítulo 3 del título III del Reglamento, siempre y cuando dicho trabajador estuviese asegurado contra el mismo con arreglo a la legislación de otro Estado miembro".

FRANCIA, (Anexo VI, letra E, punto 8): "Cuando un trabajador por cuenta ajena haya dejado de estar sujeto a la legislación francesa relativa al seguro de viudedad del régimen general francés de la seguridad social o del régimen agrícola de los trabajadores por cuenta ajena, se presumirá que, a efectos de la aplicación de las disposiciones del capítulo 3 del título III del Reglamento, está asegurado con arreglo a dicha legislación en el fecha del hecho causante si está asegurado como trabajador por cuenta ajena con arreglo a la legislación de otro Estado miembro en la fecha del hecho causante, o, en su defecto, cuando se le deba una prestación de supervivencia con arreglo a la legislación relativa a los trabajadores por

Por tanto, cuando nuestro sistema requiera para conceder una prestación el requisito de estar afiliado en la fecha del hecho causante, tal condición se considerará cumplida cuando el trabajador esté sujeto a la legislación de otro Estado miembro en las condiciones y con los requisitos que vamos a analizar. Con carácter previo hay que señalar que esta previsión, como, en general, cualquier otra situación de asimilación al alta, requiere que el trabajador haya estado afiliado en algún momento a nuestro sistema de Seguridad Social con anterioridad a la fecha del hecho causante de la prestación que hipotéticamente pueda pretenderse, requisito de sometimiento a nuestra legislación que además es imprescindible para la aplicación

cuenta ajena de otro Estado miembro. No obstante se presumirá el cumplimiento de esta última condición en el caso señalado en el apartado 1 del artículo 48".

PAISES BAJOS, (Anexo VI, letra J, punto 4.a)): "Cuando un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia haya dejado de estar asegurado con arreglo a la Ley de 18 de febrero de 1966 relativa al seguro sobre la incapacidad laboral (WAO) y/o en virtud de la Ley 11 de diciembre de 1975 relativa a la incapacidad laboral (AWW), se presumirá que lo sigue estando en la fecha del hecho causante, a efectos de la aplicación de lo dispuesto en el capítulo 3 del título III del Reglamento, si está asegurado contra este mismo riesgo con arreglo a la legislación de otro Estado miembro, por el mismo riesgo. No obstante, se presumirá el cumplimiento de esta última condición en el caso contemplado en el apartado 1 del artículo 48".

Además, en el caso particular de los Países Bajos, cuando para el reconocimiento de la prestación sea preciso tomar en consideración la condición de aseguramiento de otro Estado, se precisa en el punto 4.b) que "la prestación será liquidada según las normas previstas en el apartado 2 del artículo 46 del Reglamento", como es lógico, y no por las reglas aplicables a los países A.

de la normativa comunitaria¹⁴¹.

¹⁴¹ Al delimitar el campo de aplicación personal, el artículo 2.1 del Reglamento 1408/71 señala que "el presente Reglamento se aplicará a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que estén o hayan estado sometidos a la legislación de uno o de varios Estados miembros....", el subrayado es nuestro. El sometimiento, actual o pasado, a la legislación de uno de los Estados, o lo que en nuestra legislación denominamos afiliación, junto con la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea, constituyen los presupuestos básicos para la aplicación de los Reglamentos comunitarios. Bien es cierto que no son suficientes; existen supuestos que, a pesar de reunir esos requisitos están expresamente excluidos, por ejemplo, los funcionarios, y supuestos en que aún no reuniendo alguno están expresamente incluidos, por ejemplo los refugiados y apátridas. Pero además, a pesar de la redacción textual del precepto reglamentario, el sometimiento a la legislación de un solo Estado miembro no determinará de suyo la aplicación de los Reglamentos, al menos con la amplitud que ahora nos interesa desde el punto de vista de las prestaciones de invalidez. En efecto, al trabajador nacional de un Estado miembro, sometido a su legislación, que no haya hecho uso nunca de su libre circulación por la Unión, no le serán de aplicación los reglamentos, como es obvio; si sólo ha estado o está sometido a la legislación de un Estado miembro y circula por la Unión, sin trabajar ni buscar trabajo, haciendo turismo podríamos decir gráficamente, le podrán ser de aplicación las reglas previstas para las prestaciones de asistencia sanitaria; también existen reglas particulares para desempleados, pensionistas, etc; pero sólo si circula trabajando en diferentes Estados es cuando le van a poder ser de aplicación con plenitud, podríamos decir, las reglas previstas en los Reglamentos. Con carácter general sobre el campo de aplicación personal de los Reglamentos comunitarios: RODRIGUEZ-PINERO, M. "La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas" Madrid 1982, pág. 77 y ss; RAEPENBUSCH, "La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el Derecho Europeo", Madrid 1992, pág. 371 y ss; GOVERS, A. W. "The material and personal applicational scope of EEC Regulation Nr 1408/71", Legal Issues Eur. Integr. 1980,; MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO, A.V. "Instituciones de derecho social europeo", Madrid 1988, pág. 120 y ss; SEMPERE NAVARRO, A.V. y RIOS SALMERON, B. "Ambito aplicativo de los Reglamentos", en Cuadernos de derecho judicial: la seguridad social internacional, nº XII, Madrid 1994. En todo caso las condiciones de afiliación a la Seguridad social es una competencia que corresponde a los Estados miembros, como entendió el Tribunal de Justicia en los asuntos Brunori, C-266/78, rec. 1979, pág. 2705; Koks, C-275/81, rec. 1982, pág. 3013; Ricjke, C-43/86, rec. 1987 pág. 3611.

A pesar de que la doctrina no hace diferencias¹⁴², en un análisis detallado de la redacción del anexo podemos distinguir dos situaciones de asimilación al alta diferentes. Una, con carácter general, aquella en la que el trabajador, que habiendo estado afiliado a nuestra legislación, está asegurado en algún Estado de la Unión en el momento del hecho causante de la prestación; en este caso "se considerará que lo está todavía" a nuestra legislación con la consecuencia de considerar cumplido el requisito exigido, en su caso, para tener derecho a nuestras prestaciones. Esto es, la afiliación en otro Estado debe ser considerada como una situación asimilada al alta general para nuestro sistema.

No obstante, y como segunda situación regulada, si en el momento de producirse el hecho causante de la prestación el trabajador no está sometido o afiliado a la legislación de otro Estado miembro, sólo se le considerará en situación asimilada al alta cuando tenga derecho a otra prestación en otro Estado derivada de ese mismo hecho causante. Ya no es una situación asimilada al alta con carácter general sino una asimilación al alta específica que restringe las situaciones en las que entra en juego. Evidentemente esta

¹⁴² MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J. M.; SEMPERE NAVARRO, A., "Derecho social europeo", opus cit., pág. 282. FERRERAS ALONSO, F., "Las prestaciones por enfermedad, maternidad e invalidez según el Reglamento comunitario 1408/71", opus cit., págs. 115-116.

regla es más restrictiva que la anterior¹⁴³, pero su interpretación debe tener un carácter lato pues debe extenderse a cualquier prestación que pueda derivarse del hecho causante en concreto con el que se la relacione. Esto es, por ejemplo, siempre que de un hecho se deriven prestaciones de muerte y supervivencia que, -en nuestra legislación, pueden ser de diversos tipos, por ejemplo, viudedad, orfandad, favor familiares-, habrá de considerarse cumplida la situación de asimilación al alta, porque no indica la norma que la prestación debida por la otra legislación deba ser la misma que la que pueda derivarse de la aplicación de nuestra legislación, esto es, el hecho causante a tener en cuenta debe ser el mismo y de ese hecho causante se deben derivar prestaciones, pero estas prestaciones no tienen por qué ser las mismas ni siquiera equivalentes.

En cualquier caso, y por lo que a las prestaciones de invalidez se refiere, pues es conocido que el capítulo 3 también se aplica a las prestaciones de vejez y a algunas prestaciones de muerte y supervivencia, debemos tener en cuenta que nuestra legislación dispensa el requisito de alta para las prestaciones de incapacidad permanente

¹⁴³ En este sentido señala VIVES CABALLERO, M. que "la regulación de esta materia se ha modificado con el Reglamento 1248/92 y presenta una redacción más restrictiva que la anterior según la cual la situación de aseguramiento se consideraba cumplida si el interesado estaba sometido a la legislación de otro Estado Miembro o pudiese hacer valer derechos a causar una prestación en virtud de la legislación de otro Estado Miembro", "Las pensiones de invalidez en el Reglamento 1408/71", inédito.

absoluta y gran invalidez, por lo que solo con respecto a las prestaciones de incapacidad permanente parcial, total y total cualificada debe entrar en juego la regla prevista¹⁴⁴.

3.4.5. El reconocimiento de la prestación; grados de invalidez: una coordinación frustrada.

Cada institución competente, en aplicación de sus normas, reconocerá o denegará el derecho a las prestaciones de invalidez del trabajador solicitante según éste reúna o no los requisitos exigidos por la legislación que ella aplica. En un intento de síntesis de las diferentes legislaciones, podemos indicar que los dos requisitos básicos exigidos por todas ellas para tener derecho a una prestación de invalidez son: primero, tener cubierto un período de carencia previo, período normalmente exigido por las diferentes legislaciones, aunque en algunas, como hemos visto, esos períodos previos no son de aseguramiento o residencia sino de percepción de prestaciones de enfermedad, y, segundo, alcanzar, al menos, el grado mínimo

¹⁴⁴ Exigencia del requisito de alta y dispensa para las prestaciones indicadas que se recoge en el artículo 138.1 y 3 de la Ley General de Seguridad Social, texto refundido 1/1994, de 20 de junio.

de invalidez considerado por cada legislación como subsidiable para tener derecho a una prestación¹⁴⁵.

Si no se reúnen los períodos de carencia exigidos por una determinada legislación teniendo en cuenta los períodos de seguro cumplidos exclusivamente a su amparo, la institución competente totalizará o sumará a sus períodos aquellos que el trabajador haya podido cumplir en otro Estado, aplicando para ello las reglas previstas en los Rgtos. 1408 y 574 sobre totalización de períodos, que estudiamos en el capítulo siguiente.

Sin embargo, si el trabajador no alcanza un grado de

¹⁴⁵ A veces el grado de invalidez pensionable va unido a la valoración del inválido con relación a la profesión que venía ejerciendo con anterioridad, sobre todo cuando se parte de un concepto de invalidez profesional. Con relación a esta posibilidad el Tribunal de Justicia, en su sentencia de 7 de junio de 1988, asunto 20/85, Roviello, (Rec. 1988, págs. 2805 y ss.), refiriéndose a la legislación alemana, sentenció que no es válida la exigencia de tener únicamente en cuenta, para la determinación de una prestación de invalidez cuando la profesión es determinante de tal calificación, las profesiones o actividades ejercidas por el interesado al amparo exclusivo de la legislación alemana. Una disposición de este carácter, aunque se aplique independientemente de la nacionalidad del trabajador de que se trate, coloca en situación de desventaja a los trabajadores que no sean alemanes, que haya desempeñado sucesivamente un empleo en algún Estado miembro y en Alemania porque impide que dichos trabajadores hagan valer, para obtener una pensión, una cualificación profesional, superior a la que se les reconoce en Alemania, adquirida en otro Estado miembro. Por tal motivo, como no puede garantizar la igualdad de trato prescrita por el artículo 48 del Tratado, una norma de tal naturaleza no tiene cabida en el marco de la coordinación de legislaciones nacionales que establece el artículo 51 del Tratado para promover la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad. Un comentario sobre esta sentencia por RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., en "La Ley" (Comunidades Europeas), nº 42, 31.1.1989.

invalidéz pensionable, de acuerdo con la legislación aplicable, no tendrá derecho a la prestación solicitada aunque, con las mismas lesiones, pueda generar una prestación en otro Estado miembro. La multiplicidad de grados de invalidéz protegidos en los diferentes Estados, unido a la diversidad de consideraciones particulares tenidas en cuenta por cada legislación para el reconocimiento de estas prestaciones, ha dificultado en grado sumo la coordinación en este punto, a pesar de que tal coordinación se intentó que surgiera, digamos, espontáneamente de la aplicación del artículo 40.4 del Rgto. 1408, intento en gran medida frustrado, como vamos a ver, arrastrando con ello uno de los déficits más importantes de la coordinación comunitaria en materia de invalidéz.

3.4.5.1. Panorama general: el estado de la cuestión.

Antes de proceder al análisis del apuntado intento de coordinación reglamentario es necesario elaborar un bosquejo, al menos, de cuál es el panorama comunitario de la protección de la invalidéz en sus distintos grados, bosquejo que, además, descubrirá la necesidad de intervenir en esta materia. Enfocando el tema, por tanto, para poder

comentar el artículo 40.4 del Rgto. 1408 y su anexo V y, por ello, renunciando a un análisis detenido de cada sistema, que no es objeto de este estudio y que tampoco tendría un interés especial aquí, vamos a tratar de poner de manifiesto la que, de alguna manera, podemos definir como selvática protección que se otorga a la invalidez en la Unión Europea.

Utilizando un criterio metodológico que nos facilite el ofrecer una exposición lo más estructurada y sencilla posible, vamos a empezar señalando cuál es la protección otorgada para las situaciones más graves de incapacidad, seguidamente indicaremos desde qué niveles mínimos comienza la protección y, por último, apuntaremos cuál es el amasijo protector de las situaciones intermedias. La intención última de estas pinceladas es la de poner de manifiesto la diversidad en la protección de la invalidez desde la perspectiva concreta de los grados protegidos, divergencia, por otro lado, ya intuida y apuntada al referirnos a los distintos conceptos de los que parte la protección de esta contingencia.

Con este planteamiento tenemos que comenzar indicando que todas las legislaciones de la Unión protegen lo que podríamos llamar un grado de invalidez absoluta o, dicho de otra forma, aquél estado, físico o psíquico, del trabajador que le imposibilita para todo trabajo. En todas ellas la merma total de la capacidad de trabajo o de la

capacidad de ganancia, o su reducción hasta el extremo que sea considerada como irrelevante de acuerdo con los parámetros existentes en cada legislación, está protegida por el régimen correspondiente del seguro de invalidez, aunque tampoco, también es cierto, de manera uniforme en cada Estado¹⁴⁶. Ahora bien, ello tampoco quiere decir que todas las legislaciones tengan un concepto de incapacidad absoluta equivalente, o lo que es lo mismo, el estado de un trabajador que en una legislación puede tener la consideración de incapacidad absoluta puede no tenerla en otra. Por consiguiente, lo único que cabe considerar como común a todas ellas, en este primer punto, es que, en todas, empleando sus parámetros de medición, se protege lo que cada una considera una incapacidad absoluta.

Fuera de esa situación, la mayoría protegen, en diversa medida, partiendo de unos mínimos considerados en cada legislación, la que, por contraposición, vamos a denominar incapacidad parcial. Pero esta aseveración necesita también de importantes matices; primero, decimos la mayoría porque no todas las legislaciones van a proteger situaciones de invalidez por debajo de la absoluta; segundo, el que para la protección de distintas situaciones de invalidez se parta de unos límites mínimos no quiere decir que los

¹⁴⁶ Puede distinguirse, como en el caso de Dinamarca, entre una incapacidad absoluta de ganancias y una incapacidad absoluta "para obtener ganancias en la actividad que, razonablemente, se le puede pedir que ejerza", situaciones que dan lugar a diferente protección, véase el informe de Inst. Max Plank, opus cit, pág. 7.

tenidos en cuenta en cada legislación coincidan con los
tenidos en cuenta en otras legislaciones; y, tercero, la
protección de esa incapacidad parcial abarca distintos
grados en cada legislación, grados protegidos, a su vez,
con muy diversa cobertura en cada Estado.

En cualquier caso, y tratando de simplificar las
situaciones partimos, como hemos dicho, de que en todas las
legislaciones se protege la incapacidad absoluta, aunque
no sea de manera uniforme, pero no en todas se protege la
incapacidad parcial. Este es el caso, por ejemplo, de
Irlanda y Gran Bretaña, esto es, en estos dos Estados no
se protegen grados de incapacidad por debajo de la
absoluta¹⁴⁷.

Por otro lado, en los Estados en los que se protegen
situaciones de pérdidas parciales de la capacidad de

¹⁴⁷ En el informe del Inst. Max Plank, pág. 6, se afirma que las prestaciones de incapacidad parcial o que "suponen una pérdida relativa de la capacidad laboral ... no existen en modo alguno" en Irlanda y Gran Bretaña. OJEDA AVILES, A. solo indica a Gran Bretaña entre los Estados que únicamente protegen la incapacidad absoluta, "Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea", opus cit., pág. 43. Estas afirmaciones tan tajantes sin embargo hay que tomarlas con cierta prudencia porque estos Estados tienen un complejo sistema de protección complementaria a través de convenios colectivos o contratos individuales, además de la protección no contributiva otorgada a los trabajadores que no alcancen la incapacidad absoluta pero que, como consecuencia de su estado físico o psíquico, pierdan su empleo; también debemos resaltar que la protección otorgada como consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales si protege situaciones de incapacidad parcial; sobre estos extremos véase PIETERS, D. "Introducción al derecho de la Seguridad social de los países miembros de la Comunidad Económica Europea", opus cit., págs. 188-190 y 242-244.

trabajo, o, dicho de otra forma, situaciones de incapacidad por debajo de la absoluta¹⁴⁸, se parte, como hemos dicho, de unos límites mínimos a partir de los cuales la situación del inválido será considerada como protegible. Estos límites mínimos son también diferentes en cada legislación.

El menor porcentaje para tener derecho a una prestación de incapacidad lo exigen los Países Bajos con un 15 por cien, otorgando, no obstante, en estos casos, una protección modesta¹⁴⁹, le sigue Suecia con un 25 por cien¹⁵⁰, pasando después, la mayoría¹⁵¹, a exigir grados

¹⁴⁸ En todos los Estados "las prestaciones que se fundan en la incapacidad parcial son, desde luego, inferiores a las que se otorgan cuando se ha establecido una incapacidad total" o absoluta, BLOCH, Frank S. "Evaluación de la invalidez: estudio del trámite de solicitud de la pensión de invalidez y de las apelaciones en seis naciones", RISS, nº 1-1994, pág. 37.

¹⁴⁹ OJEDA AVILES, A. "Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea", opus cit., pág. 43.

¹⁵⁰ FERRERAS ALONSO, F. en "Panorámica de los sistemas de Seguridad Social en los países comunitarios", opus cit., indica que del 15% exigido en Países Bajos se pasa luego "al 30% (Grecia, Bélgica), al 50% (República Federal de Alemania, Dinamarca) y al 66% el resto de los países", estos datos no coinciden con los que figuran en los documentos MISSOC, que en caso de discrepancia son los que tomamos como referencia por su carácter, ni con los que aporta OJEDA AVILES, A. tanto en su obra "Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea", opus cit., págs. 43 y ss, como en la obra "El sistema común europeo de Seguridad social", Valencia 1997, págs. 63-64, este autor, en este último trabajo, toma como dato para Grecia el 50%, si bien anota a pie de página que este dato no es seguro "a lo que parece, cabe una pensión reducida a la mitad cuando la invalidez es solo del 33,33 por 100", pág. 63. BLOCH, Frank S., también maneja los mismos datos: 15 por ciento en Países Bajos y 25 por ciento en Suecia, en "Evaluación de la invalidez: trámite de solicitud de la pensión y apelaciones en seis naciones", RISS, nº 1-1994, pág. 37.

del 50 por cien, como Dinamarca, o del 66,66 por cien, como Bélgica, aunque algunos, como por ejemplo Finlandia, requieren unos porcentajes diferentes dependiendo del tipo de prestación. En definitiva, esta protección de la incapacidad parcial en los diferentes Estados, al comenzar en límites tan diversos, también va a traer consigo una mayor disparidad en la intensidad protectora, lo que difícilmente va a tener un fácil encaje de coordinación entre los diversos Estados¹⁵².

Pero las diferencias no acaban con las referencias

¹⁵¹ En concreto, estos son, según el MISSOC-96 los mínimos exigidos por cada Estado: Bélgica, 66,66%; Dinamarca, 50%; Alemania, 50%, para la invalidez profesional y 100%, para la incapacidad general; Grecia, 50%; España, 33%; Francia, 66,66%; Irlanda, no hay; Italia, 66%, para el subsidio de invalidez, y 100%, para la pensión de incapacidad; Luxemburgo, no hay; Países Bajos, 15%; Portugal no tiene porcentaje de reducción de la incapacidad sino que, partiendo de una concepción de la invalidez como incapacidad de ganancia, protege al trabajador que no puede ganar más de un tercio del salario normal; Finlandia, no tiene porcentaje para las pensiones nacionales o generales, y para las pensiones profesionales exige no tener más de 3/5 de la capacidad de trabajo; Suecia, 25%; Reino Unido, no tiene grado específico. Confróntese también el cuadro que recoge sobre grados mínimos de incapacidad OJEDA AVILES, A. en "El sistema común europeo de Seguridad social", opus cit., págs. 63-64.

¹⁵² Ello a llevado a la doctrina a comentar que "a primera vista parece, consiguientemente, como si no fuera muy difícil la equiparación de los mínimos en toda la Unión Europea, al menos para los países situados en las franjas intermedias, que son la mayoría; Gran Bretaña, Irlanda y Holanda quizá se mostraran reacias a participar en la aproximación, no en base a la conocida idea de la libre competencia, sino porque la primera tendría dificultades para abordar el coste económico derivado de la uniformación de mínimos, y la última afrontaría serias resistencias de su población laboral y de los sindicatos al intentar disminuir su nivel de cobertura aseguratoria", OJEDA AVILES, A., "Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea", opus cit., pág. 45.

hechas a la protección "por arriba y por abajo". La protección otorgada a esta que hemos denominado incapacidad parcial, o lo que es lo mismo, a las situaciones de incapacidad comprendidas entre la mínima protegible y la considerada como absoluta, tampoco es equivalente, como cabía esperar, en las diferentes legislaciones. Dejando al margen los países que solo protegen la incapacidad absoluta, los Estados que parten para la protección de grados muy bajos de incapacidad van a considerar como determinantes de situaciones de invalidez supuestos que, en los Estados que parten de grados más elevados, son entendidos como situaciones no dignas de tal consideración. Pero, tampoco en los Estados que parten de mínimos semejantes los grados protegibles son iguales y mucho menos los requisitos para definir cada uno de ellos, requisitos exigidos en complicadas definiciones legales, matizadas, por otro lado, de forma importante por la jurisprudencia de cada Estado, que hacen prácticamente ininteligible, en la mayoría de las ocasiones, la estructura y protección de uno sistemas desde la óptica de los otros¹⁵³.

¹⁵³ Renunciando a hacer referencia a los detalles que sobre este punto alcanzan a nuestro sistema, no nos resistimos a reflejar la exposición que, dedicada a Dinamarca y con una intención de "claridad", se recoge en la obra de PIETERS, D. "Introducción al Derecho de la Seguridad social en los países miembros de la CEE", opus cit., págs 74 y 75: "La ley que regula las pensiones sociales distingue entre pensiones anticipadas elevada, pensiones anticipadas medias, pensiones incrementadas generales y pensiones generales. Analizaremos brevemente cada una de estas prestaciones, haciendo referencia en cada caso a las personas que tienen derecho a ellas, así como a las diferentes partes que componen cada prestación. Todas las prestaciones son de cuantía fija, distinguiéndose, generalmente, si el titular está casado con otro perceptor

En definitiva, es evidente la falta de equivalencia protectora entre los diferentes sistemas de la Unión. En todos se protege la incapacidad absoluta, pero cada uno

de una pensión social o no.

La pensión anticipada más elevada se causa por aquellas personas mayores de 18 años y menores de 59 que, debido a razones de salud, han perdido toda o casi toda capacidad para el trabajo. La pensión anticipada más elevada consta de una cuantía básica, un complemento de pensión, una cuantía de invalidez y una cuantía de incapacidad de ganancia; las dos últimas cuantías están exentas de impuestos. La pensión se abona hasta que el beneficiario alcanza los 67 años de edad. A partir de ese momento se abona una pensión social de jubilación.

La pensión anticipada media se reconoce a aquéllos que:

- Tengan entre 60 y 66 años y hayan cumplido las condiciones para causar derecho a la pensión anticipada más elevada, o

- Tengan entre 18 y 59 años y su capacidad para el trabajo no se haya reducido por completo, sino en 2/3.

La pensión anticipada media consta de una cuantía básica, un complemento de pensión, y cuantías de invalidez anticipada (exentas de impuestos), dependiendo de si uno pertenece al primer o al segundo grupo de personas antes descritas.

La pensión anticipada incrementada general se abona o aquéllos que:

- Tengan entre 18 y 59 años y cuya capacidad de ganancia se haya reducido, por razones de salud, por lo menos, en un 50 por 100;

- Tengan entre 18 y 59 años y cuya capacidad de ganancia se haya reducido, por razones médica y sociales, por lo menos en un 50 por 100;

Tengan entre 50 y 59 años de edad y respecto a los cuales el reconocimiento de la pensión se justifique por razones sociales y de salud o sólo sociales; no se exige una reducción de la capacidad de ganancia.

La pensión anticipada incrementada general consta de una cuantía básica, un complemento de pensión y un pago anticipado que está exento de impuestos.

La pensión anticipada general se abona a aquéllos que:

- Tengan entre 60 y 66 años cuya capacidad de trabajo se haya reducido, por razones de salud, por lo menos en un 50 por 100;

- Tengan entre 60 y 66 años de edad respecto de los cuales el reconocimiento de la pensión se justifique en base a razones sociales y de salud o sólo sociales; no se exige en este caso reducción de la capacidad de ganancia

..... ", creemos que es suficiente para poner de manifiesto la complejidad de esta protección.

tiene conceptos distintos de ella; casi todos protegen situaciones de incapacidad parcial, pero parten de unos límites protectores tan diversos y prevén una intensidad en la protección tan variada para las distintas situaciones que hacen difícil reconocer semejanzas entre los diversos sistemas.

3.4.5.2. Intentos comunitarios de armonización: el artículo 40.4 y el anexo V del Rgto. 1408.

El reconocimiento de un grado de incapacidad por un Estado no vincula a los demás que puedan estar implicados en un supuesto concreto. Esta afirmación tan rotunda solo tiene una excepción, la prevista en el artículo 40.4 del Rgto. 1408. En efecto, el citado precepto señala que "la decisión que tome la institución de un Estado miembro sobre el estado de invalidez del solicitante será respetada por la institución de cualquier otro Estado miembro afectado, siempre que la concordancia de los requisitos referentes al estado de invalidez entre las legislaciones de ambos Estados esté reconocida en el Anexo V".

El legislador comunitario fue consciente desde el principio de que las diferencias nacionales para determinar

el reconocimiento de una prestación de invalidez podía traer consigo situaciones difíciles de entender para los trabajadores migrantes¹⁵⁴. Sin embargo, el que los Reglamentos sean normas de coordinación y no de armonización ha impedido introducir en sus preceptos reglas que sirvan para establecer una correspondencia entre las decisiones sobre invalidez tomadas por los diferentes

¹⁵⁴ Así, por ejemplo, se ha señalado por la Comisión, en la obra "Sus derechos de Seguridad social cuando se desplaza en la Unión Europea", opus cit., pág. 14: "Un problema que persiste: decisión sobre el grado de invalidez. La determinación del grado de invalidez puede ser un problema para las personas que han estado aseguradas en más de un país. Estas decisiones las toman los organismos nacionales de cada Estado en el que una persona ha estado asegurada, de acuerdo con su legislación nacional. Sólo en unos pocos casos especiales la decisión de uno de los organismos es vinculante para los organismos de todos los demás Estados implicados.

El hecho de que los criterios para determinar el grado de invalidez establecidos en las legislaciones nacionales sean muy diferentes puede tener potencialmente graves consecuencias, por que en la mayoría de los casos el importe de la pensión depende del grado de invalidez.

Por ejemplo: Una persona ha estado asegurada durante 20 años en el Estado A, luego 5 años en el Estado B y finalmente 2 años en el Estado C. En los tres Estados, el importe de la pensión de invalidez depende de la duración de los períodos de cotización. Deja de trabajar en el estado C porque allí se consideró que padecía una invalidez del 100%. Sin embargo, esto sólo le da derecho a una pequeña pensión del Estado C, porque en él ha estado asegurado durante sólo 2 años. También obtendrá una pequeña pensión del Estado B, en el que ha estado asegurado durante 5 años y en el que se considera que padece una invalidez del 70%. En el Estado A, en el que ha estado asegurado durante la mayor parte de su carrera profesional (20 años), no obtendrá ninguna pensión: según la legislación de ese Estado, no se le considerará un inválido en absoluto.

En este ejemplo, la persona interesada estará en una posición mucho mejor si el importe de la pensión de invalidez en el Estado C es independiente de la duración de los períodos de cotización; obtendrá entonces una pensión íntegra del Estado C, de manera que no importa si se le considera o no un inválido según la legislación de los Estados A y B".

Estados. La imposibilidad de establecer normas de este calado, reglas que, en definitiva, tendrían un carácter fundamentalmente armonizador, unida al deseo de que el reconocimiento de la invalidez en un Estado fuera considerado igualmente en los demás que puedan estar implicados en un caso concreto, se trató de suplir dando a los Estados la posibilidad de acompasar voluntariamente el reconocimiento de sus diferentes grados de invalidez. Esta es la idea, básicamente, a la que responde el artículo 40.4 del Rgto. 1408¹⁵⁵, precepto, conviene recordarlo, únicamente aplicable cuando entren en juego las reglas de las invalideces tipo B.

La previsión del artículo 40.4 supone, por un lado, que la decisión tomada por un Estado miembro va a vincular a las demás instituciones implicadas siempre que exista concordancia entre las diferentes legislaciones implicadas. La institución capacitada para tomar esta decisión es la institución instructora, porque "únicamente la institución

¹⁵⁵ "Esta disposición pretende evitar posibles dificultades surgidas con motivo de la confirmación de la invalidez cuando intervengan distintos Estados en la liquidación de las prestaciones", "Recopilación de disposiciones comunitarias sobre seguridad social" (1986), pág. 326. RAEPENBUSCH, S.V., señala, sin embargo, que "Este artículo tiene por objeto seguramente la simplificación administrativa y la reducción de los plazos de liquidación de las pensiones de invalidez", "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo", opus cit., pág. 564. En esta línea HANOTIAU, B. "La Sécurité sociale des travailleurs migrants. Problèmes et réalisations", Journal des Tribunaux du Travail, 1972, pág. 125 y RODRIGUEZ PIÑERO, M. "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas", opus cit., pág. 337.

instructora estará habilitada para tomar la decisión a que se refiere el apartado 4 del Reglamento sobre el grado de invalidez del solicitante", señala el artículo 44 del Rgto. 574¹⁵⁶. Esta imposición de la decisión tomada por una institución, sobre las otras instituciones con las que exista concordancia, evitará "discrepancias en la apreciación de la invalidez, de forma que de verificarse ... esa concordancia ... el trabajador que haya sido reconocido inválido en base a una legislación, lo debe ser también en las otras legislaciones concordantes ..." ¹⁵⁷.

La decisión que vincula a los demás Estados es una decisión positiva sobre el grado de invalidez, esto es, la decisión por la que la institución instructora reconozca que el trabajador padece un determinado grado de invalidez protegible; no se produce esta vinculación en caso de "juicio negativo, tal juicio no es vinculante para las instituciones de los demás Estados, incluso si en el citado anexo está prevista una concordancia entre las respectivas legislaciones" ¹⁵⁸. No vincula, por tanto, la decisión que deniegue el grado solicitado, pero tampoco la decisión

¹⁵⁶ Sobre el concepto de institución instructora véase el epígrafe 2.1 del capítulo 3; en general, sobre el procedimiento aplicable en estos casos, véase el capítulo tercero de este estudio.

¹⁵⁷ RODRIGUEZ PIÑERO, M. "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas", opus cit., pág. 337.

¹⁵⁸ MOTTA, "I diritti previdenziali dei lavoratori migranti nei paesi della CEE", Inca/CGIL, 1966, pág. 181, citado por Rodríguez Piñero.

posterior que modifique la primera en el sentido de no considerar al trabajador en un grado de invalidez pensionable. En este sentido señaló el Tribunal de Justicia que "el apartado 4 del artículo 40 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que la decisión sobre el estado de invalidez a que se refiere esta disposición es únicamente la decisión que reconoce un estado de invalidez excluyéndose la decisión que deniega dicho estado en una fecha posterior"¹⁵⁹.

La concordancia prevista en el artículo 40.4 del Rgto. 1408 supone también, por otro lado, que desaparece la facultad que tiene todo Estado miembro de hacer reconocer al trabajador por médicos designados por el mismo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 40, último inciso, del Rgto. 574¹⁶⁰. "Semejante comprobación médica solicitada por esa institución sería superflua, es decir, carecería de sentido, al tratarse de un trabajador cuya invalidez fue reconocida por la institución de otro Estado Miembro que aplica una legislación, cuyas condiciones referentes al estado de invalidez indemnizable concuerdan con las que se derivan de la legislación que aplica la

¹⁵⁹ Sentencia de 23.2.82, asunto 79/81, Baccini.

¹⁶⁰ El artículo 40 del Rgto. 574 señala: "Para determinar el Estado de invalidez, la institución de un Estado miembro tendrá en cuenta los documentos e informes médicos así como los datos de índole administrativa reunidos por la institución de cualquier otro Estado miembro. No obstante, cada institución conservará la facultad de disponer que un médico designado por ella reconozca al solicitante, salvo en los casos en que sean aplicables las disposiciones del apartado 4 del artículo 40 del Reglamento".

primera institución"¹⁶¹.

En cualquier caso, esta disposición de concordancia remite, para su efectividad, a que tal correlación "esté reconocida en al Anexo V" del Rgto. 1408. Pues bien, al acercarnos al anexo V la decepción es grande, cuando menos, para el estudioso. Sólo cuatro países han llevado a cabo el intento coordinador de sus legislaciones en este punto, obteniendo, además, un resultado desigual. Así, Bélgica ha coordinado con Francia, Italia y Luxemburgo aunque en diferente medida, pues mientras que con Francia y Luxemburgo ha alcanzado un alto grado de coincidencias con Italia únicamente lo ha conseguido en determinados grados del régimen aplicable a los mineros. Francia también ha coordinado con Bélgica, Italia y Luxemburgo, pero el nivel de coordinación alcanzado con todos ellos ha sido más bien escaso. Italia, por su parte, sólo ha establecido concordancias con Bélgica y con Francia, y con Bélgica sólo en el régimen minero. Por último, Luxemburgo únicamente ha concordado con Bélgica y con Francia, alcanzando un grado más satisfactorio con este último.

En definitiva, el escaso número de países que han establecido correspondencias entre sus grados de invalidez y el bajo nivel de coordinación alcanzado, hace que la

¹⁶¹ RAEPENBUSCH, S.V. "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo", opus cit., pág. 564. Véase, también, sobre este aspecto, lo que decimos en el epígrafe 4 de este capítulo.

previsión del artículo 40.4 se haya quedado prácticamente en letra muerta. Este sabor a fracaso se refleja claramente en las siguientes palabras de la Comisión: "... sería de interés para todos los trabajadores migrantes si pudiera hacerse algún progreso en el reconocimiento mutuo de las decisiones sobre el grado de invalidez. Hasta el momento todos los intentos al respecto han resultado fallidos"¹⁶².

3.5. Críticas a la opción dual en la coordinación de la invalidez.

Ya indicamos en su momento que la coordinación de los Reglamentos, en materia de invalidez, establecida sobre la

¹⁶² COMISION EUROPEA, "Sus derechos de seguridad social cuando se desplaza en la Unión Europea", opus cit., pág. 15. El último intento más serio se llevó a cabo mediante el encargo que la Comisión hizo al Instituto Max Plank para el derecho social extranjero e internacional, de Munich, al que hacemos referencia en nota al epígrafe 2 de este capítulo. Como justificación de este encargo la Comisión, en 1988, indicaba que en su origen, cuando se adoptó el Rgto. 1408 las legislaciones de cuatro Estados miembros estaban incluidas en el Anexo IV (que se convirtió en Anexo V en 1981). En razón de las particularidades de las legislaciones alemana y neerlandesa, Alemania y Países Bajos no pudieron ser mencionados en los cuadros de concordancia. Con ocasión de las sucesivas ampliaciones de la Comunidad la inclusión de los nuevos Estados fue quedando relegada a fechas ulteriores. Lo mismo ocurrió cuando se ampliaron los Reglamentos a los trabajadores por cuenta propia en 1982. Por otra parte, la legislación italiana se ha modificado profundamente, lo que ha dado lugar a dificultades para la aplicación de los cuadros, especialmente en las relaciones entre Francia e Italia. Por todas estas razones, señalaba la Comisión, el Anexo V no cumple actualmente la función que le dieron los autores del Reglamento.

distinción de legislaciones tipo A y legislaciones tipo B, no es más que una opción que bien pudiera haber sido otra¹⁶³. Esto es, apuntábamos entonces y reiteramos ahora, que estas reglas de coordinación no responden a unas inquebrantables concepciones del riesgo protegido, sino que, por el contrario, son deudoras de una determinada elección asentada sobre unos parámetros que no definen dualmente, al menos con la intensidad con la que se pretende, a las legislaciones de las que se toman; ejemplo de que el sistema establecido no se deriva necesariamente de dos sistemas diferentes y contrapuestos, como también señalamos, es el que las legislaciones tipo A aplican unas reglas de coordinación cuando entran en contacto con países tipo A y otras cuando entran en relación con países tipo B.

También es prueba de que el sistema de los Reglamentos no es más que una opción el que, inicialmente, el Rgto. 3 desviaba la coordinación de las prestaciones de invalidez a las reglas aplicables a las prestaciones de vejez, y, solo por acuerdos bilaterales entre los Estados cuyas legislaciones eran tipo A, se podían aplicar reglas similares a las previstas hoy, con carácter obligatorio,

¹⁶³ Véase, a este respecto, lo dicho en el epígrafe 2, sobre las diversas concepciones de la invalidez en los Estados miembros de la Unión Europea, y en el epígrafe 3.1, "la invalidez tipo A y la invalidez tipo B: una opción".

para estos supuestos¹⁶⁴. La crítica a este originario sistema de coordinación, basada, fundamentalmente, en que los trabajadores que habían estado sometidos a países tipo A podían ver mermadas sus prestaciones al concedérseles prorrateadas, determinó, en buena medida, la configuración de las reglas de coordinación actuales¹⁶⁵.

En cualquier caso, elegidos los actuales mecanismos de correlación entre las distintas legislaciones, el sistema plantea importantes problemas que le han hecho merecedor de variadas críticas doctrinales. Vamos a dejar al margen, ahora, las censuras que pueden hacerse a la falta de correlación entre los grados de invalidez de los

¹⁶⁴ Información que ya dimos en el epígrafe 3.1 de este capítulo; véase RIBAS, J.J.; JONCZY, M.J.; SÉCHÉ, J.C., "Derecho social europeo", opus cit., pág. 277.

¹⁶⁵ Ya dejamos constancia, en el epígrafe 3.1, y citando a para ello también a RIBAS, J.J.; JONCZY, M.J.; SÉCHÉ, J.C., "Derecho social europeo", opus cit., pág. 277, que la aplicación del prorrateo generalizado prevista en el Reglamento nº 3 no había producido, en el plano social, resultados muy satisfactorios y que, además, el Tribunal de Justicia había acabado prohibiendo esta prorrateo generalizada. Digamos ahora que, en la fijación de esta doctrina, el Tribunal entendió que "no es necesario proceder a la totalización, ni por consiguiente al prorrateo, so pena de infringir lo dispuesto en el artículo 51 del Tratado, en el caso en que un trabajador que, a base tan sólo de los períodos de trabajo o de seguro cumplidos en un Estado Miembro, pueda solicitar la concesión íntegra de las prestaciones en virtud de la legislación tan sólo de ese Estado, sin recurrir a la totalización, aun cuando pueda recurrir a ésta con el fin de iniciar el derecho a las prestaciones en otro Estado miembro", RAEPENBUSCH, S.V., "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo", opus cit., pág. 294. El Tribunal fijó esta doctrina en una serie de sentencias que se inicia tempranamente con la telegráfica sentencia de 15 de julio de 1964, asunto 100/63, J.G. Van der Veen, Rec. 1964, pág. 1105.

diferentes Estados, deficiencia que puede determinar, como vimos, y sobre todo en los supuestos de coordinación en los que se aplican las reglas de la invalidez tipo B, que en unos Estados se reconozca una prestación de invalidez y en otros no, con los consiguientes quebrantos para los trabajadores implicados en cada caso, carencia que, entendemos, es uno de los mayores déficit de las normas de coordinación. Dejaremos a un lado este examen, que por otra parte hicimos en los apartados inmediatamente precedentes, amén de otras críticas que hemos ido desgranando, y que seguiremos haciendo en puntos concretos a lo largo de este estudio, para centrarnos en la crítica global que se ha hecho a la opción dual en las reglas de coordinación de la invalidez, censura que se ha sustentado, sobre todo, en la distinta repercusión económica que tiene sobre las pensiones a las que va poder tener derecho un trabajador migrante.

Sabemos ya que la aplicación de las reglas de coordinación tipo A implican que el trabajador recibe una única prestación de un solo Estado, mientras que la aplicación de las reglas de invalidez tipo B determinan que el trabajador percibe, en principio, tantas prestaciones como países a cuyas legislaciones estuvo sometido, eso sí, prorrateadas en relación a los períodos de tiempo de sujeción en cada caso. Esto determinará, simplifícadamente expuesto, que el trabajador que prestó sus servicios en países tipo A solo obtendrá una prestación y que el

trabajador al que se le aplicasen las reglas tipo B generará varias prestaciones. La percepción de una o de varias pensiones, se ha señalado, es causa de tensiones entre los afectados¹⁶⁶, debiéndose "un amplio número de litigios sustanciados ante los tribunales españoles en tema de invalidez transfronteriza ... a la incompreensión del sistema por los beneficiarios"¹⁶⁷.

No obstante, seguramente la causa de fondo de tales tensiones, y del descontento de los trabajadores, no está tanto en el número de pensiones que se perciban como en la cuantía total de aquellas a las que se pudiera tener derecho. Esto es, en un supuesto hipotético, si un trabajador prestó sus servicios en Francia y en España

¹⁶⁶ Se ha dicho que "De entre las situaciones causantes de máxima tensión entre los afectados se encuentra la del número de pensiones. En efecto, el inválido que trabajó en Alemania percibe de ordinario dos pensiones, la alemana y la española, e igual puede decirse de quien trabajó en Dinamarca, en Luxemburgo, Italia o Portugal. En cambio, si el afectado trabajó algún tiempo en Francia, normalmente percibirá una pensión francesa, sin ningún "complemento" español, o bien una pensión española sin "complemento" francés, pero no las dos; tratamiento comparable al de quienes trabajaron en Holanda, Gran Bretaña o Bélgica. Sin embargo, a veces percibirá una pensión completa tanto de Francia como de España", OJEDA AVILES, A. "Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea", opus cit., págs. 51-52. No queda claro el alcance de la última afirmación sobre todo teniendo en cuenta que en el caso de aplicar las reglas de la invalidez tipo A las prestaciones otorgadas son siempre completas en relación con el grado de invalidez otorgado, salvo que con ella se quiera referir al doble cálculo de las prestaciones que exige el artículo 46 en la liquidación de las prestaciones tipo B, aplicables cuando las legislaciones tipo A y tipo B entran en contacto, y que estudiaremos en el capítulo 2 de esta obra.

¹⁶⁷ ~~OJEDA AVILES, A., "Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea", opus cit., pág. 53.~~

percibirá una única prestación del Estado a cuya legislación estaba sometido cuando le sobrevino la incapacidad para el trabajo; evidentemente, si ese Estado es Francia previsiblemente percibirá una prestación más elevada que si el Estado competente es España, lo que puede implicar, por un lado, que los emigrantes españoles que lo hicieron a países tipo A sean reacios a regresar a nuestro Estado salvo que ya se encuentren inválidos o jubilados, y, por otro, que nuestros emigrantes no entiendan que habiendo trabajado, por ejemplo, veinte años en Francia y siete en España, país en el que devinieron inválidos, sólo sea nuestro Estado el que deba abonarles la pensión que, por otro lado, será más baja que la que abonaría Francia¹⁶⁸.

Unas y otras circunstancias han supuesto que el "sistema dualista" se haya granjeado las críticas de diversos sectores doctrinales. En este sentido, se ha señalado, por ejemplo, que "la distinción comunitaria entre países de legislación A y B, y el efecto concomitante de una responsabilidad del pago distinto para las pensiones

¹⁶⁸ ROJAS, M., pone el siguiente ejemplo: "trabajador migrante con 10 años de cotización en Francia que retorna a España y a los dos años de cotización española queda inválido. Suponemos que existe invalidez absoluta tanto para España como para Francia. Por parte de España se le consideran 12 años de seguro y se le concede pensión de invalidez absoluta de 60.000 ptas. al mes. Francia no le concede pensión, de acuerdo con el artículo 39 del Reglamento, que importaría 100.000 ptas., caso de que la invalidez se hubiese producido al aplicársele la ley francesa", "Derecho comunitario social. Guía de trabajadores migrantes", Comares, Granada 1993, pág. 245.

(sólo un país para las legislaciones A; todos los países, para las legislaciones B) supone una extraordinaria confusión para el asegurado e incluso para las instituciones competentes, las cuales han de tener en cuenta el país de acogida de cada asegurado para disponer un tratamiento u otro"¹⁶⁹. Esta circunstancia ha llevado a solicitar la desaparición de la consideración de los países tipo A en la coordinación¹⁷⁰. Conclusión que, en cierto modo, se contradice con la premisa de la que se parte. Pues, en efecto, si la crítica partía de considerar que la existencia de países tipo A y tipo B supone una "extraordinaria confusión", no se entiende bien la pretensión de que desaparezcan los países tipo A cuyas reglas de coordinación son las más sencillas, con lo que difícilmente se entiende que estas reglas sean, como se ha dicho, "un lujo burocrático"¹⁷¹.

¹⁶⁹ OJEDA AVILES, A., "Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea", opus cit., pág. 63.

¹⁷⁰ "... a nuestro juicio, el mantenimiento de los países A supone un lujo burocrático que se abandona cuando se estima oportuno. Es, en otras palabras, una falacia, y no debería mantenerse por más tiempo", OJEDA AVILES, A. "Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea", opus cit., pág. 64, crítica que el mismo autor no repite, por cierto, en su obra "El sistema común europeo de seguridad social", opus cit..

¹⁷¹ OJEDA AVILES, A. "Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea", opus cit., pág. 64, cita transcrita en la nota anterior. Por el contrario, RAEPENBUSCH, S.V., como vimos al referirnos a las reglas de la invalidez tipo A, entiende que las reglas de la invalidez tipo A simplifican las dificultades técnicas de la coordinación, "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo", opus cit., pág. 558.

Desde un planteamiento distinto, se ha criticado al sistema de coordinación establecido exigiendo que, en el caso de que sean aplicables las prestaciones tipo A, el trabajador tenga derecho a un complemento de su pensión cuando aquella a la que hubiera podido tener derecho en otro Estado, si éste hubiera resultado competente, hubiera sido más elevada. La razón de fondo que sustenta esta crítica es que "esta regulación reglamentaria, que excluye el derecho a la pensión de otro Estado, ... implica una pérdida contraria a la libre circulación de trabajadores"¹⁷². La alternativa propuesta se apoya en la articulación que los Reglamentos, siguiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia, han establecido para las pensiones orfandad¹⁷³. Ahora bien, esta propuesta se limita sólo a las prestaciones de invalidez tipo A, sin que nada se apunte respecto a las tipo B, donde pueden plantearse situaciones similares.

¹⁷² ROJAS, M. "Derecho comunitario social. Guía de trabajadores migrantes", opus cit., pág. 245.

¹⁷³ ROJAS, M. "Derecho comunitario social. Guía de trabajadores migrantes", opus cit., págs. 107-108 y 245-246. Resume el citado autor la doctrina del Tribunal de Justicia sobre la pensión de orfandad en los siguientes términos: "respecto a la pensión de orfandad, ..., ha declarado el Tribunal de las Comunidades Europeas, en jurisprudencia insistente, que si la pensión que debe conceder el Estado competente donde reside el huérfano es inferior a la pensión que correspondería de otro Estado en que estuvo asegurado el padre o la madre, y donde se cumplieron los requisitos para la pensión de orfandad, ese otro Estado debe pagar la diferencia entre su importe superior y el inferior que abona el Estado competente ... Entiendo que esta jurisprudencia sobre la pensión de orfandad debe trasladarse a la pensión de invalidez tipo A", pág. 108.

No obstante la aportación de estos planteamientos, y aún tomando en consideración sus distintas propuestas, el problema de fondo de la coordinación de las prestaciones de invalidez no quedaría resuelto con la desaparición de las reglas de coordinación de las llamadas legislaciones tipo A, ni con la propuesta menos radical de otorgar un complemento a la pensión más baja a la que se tenga derecho para que el trabajador pueda percibir la cuantía más alta de aquellas que hubiera podido obtener.

El verdadero déficit de la coordinación comunitaria en materia de invalidez, como dijimos, se encuentra en la falta de correlación del reconocimiento de la misma. Esto es, en que reconocida una prestación por un Estado el asegurado no tiene la certeza de que va a tener derecho a otras en los demás Estados a cuyas legislaciones estuvo sometido y, por supuesto, menos seguridad de que le será reconocido un grado similar¹⁷⁴. Esta deficiencia permanecería, e incluso es más evidente, si las reglas de coordinación fueran exclusivamente de tipo B; y, por otro lado, el otorgamiento del complemento compensatorio del que hemos hablado ocasionaría situaciones complicadas de entender para los trabajadores cuando reconocida una invalidez en un Estado no lo sea en aquél que debería abonar el citado complemento, además con la multitud de variantes que pueden plantearse teniendo en cuenta que,

¹⁷⁴ Véase lo que dijimos, sobre este particular, en el epígrafe 3.4.5, de este capítulo, "el reconocimiento de la prestación: grados de invalidez".

como se ha dicho reiteradamente, no hay enfermedades o lesiones invalidantes sino inválidos individualmente considerados, o dicho con mayor precisión, "el inválido es una abstracción, bajo la cual existen los individuos inválidos, todos diferentes, cada uno con sus propios problemas psicológicos y sociales, y con su propia y peculiar invalidez"¹⁷⁵, con lo que trabajadores a los que en un Estado se les reconozca un grado de invalidez, en otros pueden tener derecho a uno distinto o, incluso, en alguno de ellos a ninguno.

4.- EL RECONOCIMIENTO Y CONTROL MÉDICO DEL INVALIDO CUANDO RESIDE O SE ENCUENTRA EN UN ESTADO DISTINTO DEL COMPETENTE.

La situación fisiológica o psicológica del trabajador, como sabemos, es absolutamente determinante para la concesión misma de las prestaciones de invalidez y, también, para el otorgamiento de la prestación en alguno de los diferentes grados que puedan estar protegidos en cada legislación. En otras palabras, en la alteración o merma de su estado fisiológico, con la consiguiente repercusión en su capacidad de trabajo, está el origen

¹⁷⁵ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., "Instituciones de Seguridad social", opus cit., pág 260.

mismo de la invalidez. Siendo esto así, es evidente que el reconocimiento médico del trabajador es imprescindible para conocer el alcance de las lesiones que pueda padecer y para poder valorar la incidencia que las mismas tienen sobre la capacidad para seguir desarrollando su profesión o sobre la posibilidad de obtener rentas, en general, derivadas de cualquier actividad que pueda ejercer el interesado, y ello, por supuesto, con independencia de que además de las lesiones influyan, en la calificación final, otro grupo de factores como la edad, formación profesional, u otros que ahora no nos interesan.

Siendo necesario, por tanto, el examen médico del trabajador, para el reconocimiento y calificación de su estado invalidante¹⁷⁶, es posible que el sujeto interesado no se encuentre físicamente en el territorio del Estado de la institución competente, supuesto que se puede producir con relativa frecuencia sobre todo cuando las normas a aplicar son las que rigen la concesión de las prestaciones de invalidez tipo B. Esto es, es posible que el Estado deudor, o, técnicamente, su institución competente, tenga que resolver sobre la concesión o denegación de una prestación de invalidez solicitada por un trabajador que reside o se encuentra en otro Estado diferente.

¹⁷⁶ El estado de salud, desde el punto de vista médico, es el punto de partida de todos los sistemas nacionales para determinar si existe una situación invalidante digna de protección, véase sobre este extremo lo que se dice en el epígrafe 2 de este mismo capítulo.

Esta residencia en Estado distinto del deudor también se puede producir, como es evidente, no solo en el momento del reconocimiento inicial de la prestación sino, también, una vez que la prestación le ha sido ya otorgada, porque, en estos casos, es habitual, así mismo, que la institución deudora someta al beneficiario a controles médicos periódicos para evaluar la evolución de sus lesiones y si esa evolución influye o no, y en que medida, en la calificación de la invalidez concedida.

La residencia o estancia en otro Estado es obvio que dificulta esos reconocimientos o controles, sobre todo teniendo en cuenta que la previsión habitual, en el procedimiento que aplican las instituciones deudoras, es que unos y otros se practiquen por médicos, o unidades médicas, creadas y designadas al efecto por la institución deudora y que se encuentran en su territorio. Tratando de contribuir a solucionar los problemas que pueden plantearse en estos casos, señala el artículo 87.1 del Rgto. 1408 que "a requerimiento de la institución competente, los reconocimientos médicos previstos por la legislación de un Estado miembro podrán ser efectuados, en el territorio de cualquier otro Estado miembro, por la institución del lugar de estancia o de residencia del beneficiario de las prestaciones", precisando, en su número segundo, que "los reconocimientos médicos efectuados conforme a las condiciones previstas en el apartado 1, serán considerados como si hubieran sido efectuados en el territorio del

Estado competente"¹⁷⁷.

Los reconocimientos médicos, por tanto, admite el precepto, pueden llevarse a efecto en el territorio del Estado de residencia siempre que la institución competente para el reconocimiento o control de la prestación requiera, a tal efecto, a la institución del lugar de residencia o estancia¹⁷⁸. No obstante, si la institución competente no desea requerir a la institución del lugar de residencia para que con su propios médicos reconozca al beneficiario,

¹⁷⁷ OJEDA AVILES, en "Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión europea", opus cit., págs. 84 y ss., aplica a los supuestos de invalidez la doctrina que el Tribunal de Justicia había establecido en su sentencia Paleta (I), de 3 de junio de 1992, asunto 45/90, (Rec. 1992, págs 3423 y ss.), doctrina que interpretó las entonces disposiciones del artículo 18 del Rgto. 1408 en el "sentido de que la institución competente, incluso en el caso en que ésta sea el empresario y no una institución de la Seguridad social, se encuentra vinculada, tanto fáctica como jurídicamente, por las comprobaciones médicas realizadas por la institución del lugar de residencia o de estancia en cuenta al comienzo y a la duración de la incapacidad, cuando no somete al interesado al examen de un médico elegido por ella, como autoriza" el precepto. La tajante separación que lleva a cabo el Tribunal, en su sentencia de 27.6.1991, Martinez Vidal, cit., entre las diferentes reglas y doctrina aplicables a las situaciones de incapacidad temporal, por un lado, y a las de invalidez, por otro, nos parece que obvia mayores justificaciones que sirvan para, cuando menos, poner en duda la aplicación de la doctrina elaborada para la interpretación de los preceptos referidos a la enfermedad-incapacidad temporal a las reglas que rigen las prestaciones de invalidez.

¹⁷⁸ Sobre este requerimiento señaló el Tribunal de Justicia, en su sentencia de 27 de junio de 1991, asunto 344/89, Martinez Vidal (Rec. 1991, págs. 3245 y ss.), que "contrariamente al artículo 18 del mismo Reglamento, que establece, en caso de enfermedad o maternidad, un control administrativo o médico efectuado por la institución del lugar de residencia por propia iniciativa, el apartado 1 del artículo 51 sólo prevé semejante control a requerimiento de la institución competente", apartado 8.

o, incluso habiéndola requerido¹⁷⁹, aquella, la competente, conserva la facultad de hacer que un médico designado por ella sea el que examine al beneficiario. Esta segunda posibilidad es la que admiten tanto el artículo 40 como el 51.1 ambos del Rgto. 574. Así, señala el artículo 40, en su último inciso, que "cada institución conservará la facultad de disponer que un médico designado por ella reconozca al solicitante", o, también, en el último inciso del artículo 51.1, se indica que "la institución deudora conservará la facultad de disponer que un médico designado por ella controle al beneficiario".

Dos posibilidades, por tanto, para realizar el reconocimiento médico, primera, que éste se haga en el territorio donde reside el interesado por los médicos de la institución del lugar de residencia, y, en principio, de acuerdo con las previsiones contenidas en su legislación para estos casos¹⁸⁰, y, segunda, que se practique, también

¹⁷⁹ Doble reconocimiento médico que admite el Tribunal de Justicia en su sentencia de 27 de junio de 1991, asunto 344/89, Martínez Vidal, cit., cuando indica que "... si lo considera necesario, la institución competente puede proceder a un reconocimiento adicional", apartado 9 in fine.

¹⁸⁰ A este respecto señala el artículo 115 del Rgto. 574 que "la institución del lugar de estancia o de residencia que, en virtud del artículo 87 del Reglamento, haya de proceder a un reconocimiento médico, lo hará con arreglo a las modalidades previstas en la legislación que aplique. A falta de tales modalidades, solicitará de la institución competente que el indique las modalidades a que haya de ajustarse".

Sobre la comunicación de informes médicos entre instituciones en el procedimiento para la concesión de las prestaciones de invalidez véase lo que decimos en el epígrafe 5 del capítulo 3.

en el Estado de residencia, pero por médicos particulares designados por la institución competente, posibilidades que, como hemos dicho, no son excluyentes.

Ahora bien, esta segunda alternativa tiene una excepción. En efecto, cuando, en aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 40.4 del Rgto. 1408, el reconocimiento de un grado de invalidez por una institución competente deba ser asumido por la institución de otro Estado esta última no conserva, en estos casos, la facultad de poder hacer reconocer al inválido por un médico de su elección. Esta excepción, que se derivaría de suyo de la regla de coordinación del artículo 40.4 del Rgto. 1408, que, sintéticamente, obliga, a los Estados que voluntariamente se han puesto de acuerdo, a asumir y hacer "como suyas" las calificaciones hechas por otros, aparece confirmada, en la última frase del artículo 40 del Rgto. 574, cuando, después de conceder la posibilidad de revisión por un médico designado por la institución competente, como acabamos de ver, indica que esta posibilidad existirá "salvo en los casos en que sean aplicables las disposiciones del apartado 4 del artículo 40" del Rgto. 1408¹⁸¹. Ahora bien, esta excepción, solo juega, entendemos, en los supuestos del reconocimiento inicial de

¹⁸¹ Sobre el concreto juego de la regla contenida en el artículo 40.4 del Rgto. 1408 véase el epígrafe 3.4.5.2 de este mismo capítulo. Así mismo, sobre el artículo 40 del Rgto. 574 véase lo dicho en el epígrafe 5.1.3 del capítulo tercero.

la invalidez, no en los posibles posteriores controles médicos, ni tampoco con respecto a las posibles revisiones de la calificación de la invalidez, siguiendo con ello las argumentaciones que vimos al analizar la regla del artículo 40.4 del Rgto. 1408, a las que ahora nos remitimos¹⁸².

Matizando aún más la posibilidad que tiene la institución competente de hacer examinar al inválido por un médico de su elección, debemos indicar que esta opción engloba, también, la potestad de hacer regresar al beneficiario al Estado de la institución competente para ser examinado allí por los médicos y especialistas designados por esta institución. Este supuesto, no especificado en la norma, fue admitido por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 27 de junio de 1991, Martínez Vidal¹⁸³, señalando que "si la institución deudora de una prestación de invalidez ejerce la facultad prevista en el apartado 1 del artículo 51 del Rgto. 574 ... de hacer que un médico designado por ella reconozca al beneficiario residente en otro Estado miembro, puede obligarse al interesado a desplazarse al Estado miembro de la institución competente, siempre que ésta se haga cargo de los gastos de desplazamiento y de estancia y que el interesado esté en condiciones de efectuar el desplazamiento sin que ello perjudique a su salud",

¹⁸² Véase, a este respecto, lo dicho en el epígrafe 3.4.5.2 de este mismo capítulo.

¹⁸³ Asunto 344/89, cit..

apartándose con esta solución de la que el mismo Tribunal había dado para los supuestos que podríamos denominar, utilizando nuestra terminología, de incapacidad temporal¹⁸⁴, en los que admitió que no podía obligarse al interesado, en atención a su salud, a trasladarse a otro Estado para el reconocimiento médico. "En caso de invalidez, por el contrario, -ha señalado- no puede admitirse esta limitación de las facultades de control de la institución deudora"¹⁸⁵, al menos con carácter general

¹⁸⁴ En efecto, el propio Tribunal, en la sentencia que estamos analizando de 27.6.1991, Martínez Vidal, hace referencia a su doctrina sentada en la sentencia de 12.3.1987, asunto 22/86, Rindone, resumiéndola, en el apartado 11, en los siguientes términos: "En los que se refiere al reconocimiento previsto en el apartado 5 del citado artículo 18, en caso de enfermedad maternidad, el Tribunal de Justicia consideró que el respeto del estado de salud de la persona afectada exigía que no se obligara al interesado a regresar al Estado de la institución competente para someterse en él a un reconocimiento médico de control".

¹⁸⁵ Apartado 12 de la sentencia comentada. Razonando su opción de apartarse de la solución dada para la "incapacidad temporal", arguye ahora el Tribunal que "en efecto, si bien en caso de enfermedad el interesado corre el riesgo de que el proceso de curación se vea seriamente amenazado a causa del viaje, no cabe considerar que exista dicho riesgo en caso de invalidez. Por lo tanto, la disponibilidad para viajar debe apreciarse caso por caso. Por otra, las legislaciones de los Estados miembros presentan diferencias particularmente notables en materia de invalidez. Con el fin de determinar el grado de invalidez conforme a dichas legislaciones, los reconocimientos necesarios exigen la participación de diversos especialistas ... en los ámbitos de la medicina, el trabajo y el Derecho. Ahora bien, el desplazamiento de todos estos expertos ocasionaría gastos considerables y no es seguro que encontraran en el Estado de estancia o de residencia del interesado todos los medios necesarios para proceder a los exámenes. De lo anterior se deduce que, siempre que los solicite la institución deudora, en el caso de que lo permita el estado de salud del interesado, éste está obligado a trasladarse al Estado miembro de dicha institución, para someterse en él al reconocimiento médico designado por ella".

pues, "en estos casos, la disponibilidad para viajar debe apreciarse caso por caso"¹⁸⁶.

En el supuesto que acabamos de ver quedaría por precisar, al hilo de la última frase, cuál es la institución que debe determinar si el trabajador está o no en condiciones de viajar. Esto es, ¿qué institución, la del lugar de residencia o estancia o la deudora de la prestación, es la que puede valorar el estado de salud del inválido para determinar si puede viajar o no?. A esta cuestión también dio respuesta el Tribunal de Justicia en la sentencia citada de 27.6.1991, Martínez Vidal, resolviendo que "si la institución del lugar de estancia o de residencia del interesado aprecia que este último no se halla en condiciones de efectuar el desplazamiento, nada impide que la institución deudora o el organismo competente en materia de control médico verifique este hecho en dicho lugar", siendo esta, por consiguiente, la que tiene la última palabra.

Por último, ya hemos indicado que el Tribunal obliga, a la institución deudora de la prestación, a abonar los gastos de desplazamiento en los supuestos en los que desee que el interesado se desplace a su Estado para el pertinente control médico. Pero también habría que precisar que, con carácter general, el propio Rgto. 574 obliga al reembolso de gastos entre instituciones en estos supuestos.

¹⁸⁶ Apartado 13, in fine, de la sentencia analizada.

En efecto, señala el artículo 105 del Rgto. 574 que "los gastos resultantes del control administrativo, así como los gastos de reconocimientos médicos, períodos de observación, desplazamientos de médicos o comprobaciones de cualquier clase a que haga falta proceder para otorgar, servir o revisar las prestaciones, serán reembolsados a la institución a cuyo cargo hayan estado, con arreglo a la tarifa que aplique la misma, por la institución a cuenta de la cual hayan estado, por la institución a cuenta de la cual hayan sido efectuados", admitiendo la excepción de que "dos o varios Estados miembros, o su respectivas autoridades competentes, podrán concertar otras formas de reembolso, especialmente en la modalidad a tanto alzado, o renunciar a toda clase de reembolsos entre instituciones", inscribiendo tales acuerdos en el Anexo 5 del referido Reglamento¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Por lo que pueda interesar, España tiene inscritos, a este respecto, en el Anexo 5 del Rgto. 574:

- Con Dinamarca, "el Acuerdo de 1 de julio de 1990 relativo a la renuncia parcial al reembolso, con arreglo al apartado 3 del artículo 36 y al apartado 3 del artículo 63 del Reglamento, y a la renuncia recíproca al reembolso, con arreglo al apartado 2 del artículo 105 del Reglamento de aplicación. (Renuncia parcial al reembolso de los gastos por prestaciones en especie en caso de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo y enfermedad profesional, y renuncia al reembolso de los gastos de control administrativo y médico)", publicado en el B.O.E. de 5.XII.1990.

- Con Alemania, "El Acuerdo de 25 de junio de 1990 relativo al reembolso de los gastos por prestaciones en especie en caso de enfermedad", publicado en el B.O.E. de 5.XII.1990.

5.- LA AGRAVACIÓN DE LA INVALIDEZ.

El Rgto. 1408 es parco en la regulación sobre el cambio en la calificación de las situaciones de invalidez con posterioridad a su declaración inicial. No contiene reglas específicas para los casos de modificación del grado de invalidez por mejoría. Por lo que respecta a la agravación, las previsiones del Reglamento se limitan a determinar cómo se va a calcular la nueva prestación que pueda corresponder como consecuencia de la nueva situación. Pero además de la mejoría, deja sin regular importantes campos donde pueden surgir dudas interpretativas de difícil solución. No establece, por ejemplo, reglas claras sobre cuál va a ser la institución competente para el reconocimiento de la agravación en estos casos, sobre todo cuando el trabajador ha estado sometido a varias legislaciones después de la concesión de su pensión de invalidez inicial por una sola legislación, máxime si ponemos en relación las previsiones del Rgto. 1408 con las del Rgto. 574. Deberemos acudir, por tanto, a las reglas generales para tratar de completar las lagunas que puedan plantearse.

Continuando en la línea del Rgto. 1408 de coordinar básicamente las cuestiones que hacen referencia al cálculo económico de la prestación, las reglas que el artículo 41

del mismo Reglamento dedica a la "agravación de la invalidez" se ciñen, como hemos señalado, a regular el cálculo o recálculo de la prestación que pueda corresponder al pensionista como consecuencia del empeoramiento de su estado invalidante. Quizás porque ello es lo que regula la norma, y no tanto porque eso deba ser lo único que regule, la doctrina ha señalado que "el problema fundamental consiste en vincular la forma de liquidar la prestación secundaria correspondiente a la agravación de la invalidez con la aplicada a la prestación principal en las diversas situaciones en que se puede encontrar el interesado"¹⁸⁸.

En todo caso, distingue el Reglamento dos situaciones básicas en su regulación. Por un lado, aquellos supuestos en los que el trabajador percibía una única prestación antes de la agravación de la invalidez, supuestos en los que las situaciones de hecho que inciden pueden ser más variadas y por ello la casuística normativa es más detallada, y, por otro lado, aquellos casos en los que el trabajador percibía varias prestaciones de invalidez antes de su agravación. A uno y a otro prestaremos atención.

¹⁸⁸ RAEPENBUSCH, S. V., "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo", opus cit., pág. 565. En idénticos términos FERRERAS ALONSO, F. "Las prestaciones por enfermedad, maternidad e invalidez en el Reglamento 1408/71", opus cit., pág. 122.

**5.1. Supuestos en los que la prestación inicialmente
había sido concedida por una sola legislación.**

Las primeras reglas que dedica el Reglamento a esta materia se refieren "al supuesto de que se agrave la invalidez por la que un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia percibe prestaciones en virtud de la legislación de un solo Estado miembro"¹⁸⁹.

Como aclaración previa quizás convenga señalar que el que la prestación de invalidez que perciba el trabajador haya sido concedida por un solo Estado no implica que la prestación sea necesariamente del tipo A, idea a la que puede conducir el conocimiento de que las reglas que rigen las prestaciones de tipo A implican la concesión de una única prestación. Esta es, ciertamente, una de las posibilidades que determinan el que el inválido perciba una única prestación, pero puede haber más. En efecto, puede ser que el trabajador recibiera una única prestación tipo B, por ejemplo, porque sólo hubiera tenido derecho a la misma en una legislación de estas características por no alcanzar un grado pensionable en las otras implicadas. Con ello lo que queremos resaltar es que las reglas que establece el Reglamento para estos casos son aplicables tanto en los supuestos en los que la prestación de invalidez percibida sea del tipo A cuanto en los supuestos

¹⁸⁹ Artículo 41.1 del Rgto. 1408.

en los que lo sea del tipo B, posibilidad que claramente aparece en el artículo 41.1.b) del Rgto. 1408, como analizaremos.

Aclarada la idea nace la crítica. En efecto, como veremos al estudiar el procedimiento para la concesión de prestaciones de invalidez¹⁹⁰, si el Rgto. 1408 adolece de cierto rigor técnico, nota incluso disculpable en una norma pactada internacionalmente, en el Rgto. 574 las deficiencias técnicas son mucho más frecuentes. Deficiencias que, en este caso, son fruto de la idea equivocada que hemos tratado de corregir, esto es, nacen del planteamiento de que una prestación de invalidez concedida por un solo Estado será siempre una prestación tipo A.

En este punto, que es el que ahora nos interesa, el artículo 35 del Rgto. 574, referido al procedimiento para la concesión de las prestaciones de invalidez tipo A¹⁹¹, incluye, dentro de los supuestos a los que se aplica, a aquellos en los que los trabajadores perciban prestaciones

¹⁹⁰ Véase sobre el procedimiento para la concesión de las prestaciones de invalidez el punto 4 del capítulo 3, y, en especial, el punto 4.1.1., sobre el ámbito de aplicación del artículo 35 del Rgto. 574/72.

¹⁹¹ El artículo 35 del Rgto. 574 lleva por título: "Solicitudes de prestaciones de invalidez en caso de que el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia haya estado sujeto exclusivamente a legislaciones mencionadas en la parte A del Anexo IV del Reglamento, así como en el caso contemplado en el apartado 2 del artículo 40 del Reglamento".

en virtud del artículo 41.1, que como hemos dicho se aplica también a casos de invalidez tipo B. Esta inclusión, a nuestro juicio, es técnicamente incorrecta pues con ella se rompe el presumible ámbito de aplicación del artículo 35 del Rgto. 574, ámbito definido en su encabezamiento, y que parece limitarse a las prestaciones de invalidez tipo A. En los supuestos de agravación de una invalidez previstos en el artículo 41.1 del Rgto. 1408, por coherencia técnica, deberían ser aplicables las reglas de tramitación de las invalideces tipo A o tipo B dependiendo de las reglas que, de acuerdo con las previsiones generales, fueran aplicables en cada supuesto, con lo que cuando se tratara de la agravación de una prestación tipo A debería aplicarse el artículo 35 y cuando se tratara de una prestación tipo B debería aplicarse el artículo 36, aplicable a estas prestaciones, ambos del Rgto. 574.

Salvada la precisión técnica, debemos señalar que dentro de los supuestos en los que la prestación inicialmente había sido concedida por una sola legislación el Reglamento distingue aquellos en los que el trabajador ha estado sometido a otra legislación desde la concesión o cuando ha estado sometido a otras en las que no ha generado derechos de aquellos otros en los que ha estado sometido a varias legislaciones desde la concesión inicial de la prestación, a ambos nos referiremos en los apartados siguientes.

5.1.1. Cuando el trabajador no ha estado sometido a otra legislación desde la concesión o cuando ha estado sometido a otras en las que no ha generado derechos.

La primera regla que establece el artículo 41.1.a) es que "si el interesado no ha estado sujeto, desde la fecha en que comenzó a disfrutar de las prestaciones, a la legislación de otro Estado miembro," o de haberlo estado no hubiera consolidado derechos a prestaciones en base a esa legislación¹⁹², "la institución competente del primer Estado estará obligada a concederle las prestaciones, teniendo en cuenta la agravación, de conformidad con lo dispuesto en la legislación que aplique".

La institución que venía abonando la prestación será la competente para el reconocimiento de la agravación de las lesiones y, consecuentemente, en aplicación de su legislación, abonará la prestación que corresponda al nuevo estado invalidante, o, en otras palabras, "la institución que hubiera reconocido la pensión continuará asumiendo su concesión y el coste, teniendo en cuenta la agravación de

¹⁹² Matización conveniente para dar pleno sentido a la regla, véase RODRIGUEZ-PIÑERO, M. "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades europeas", opus cit., pág. 338.

acuerdo con su propia legislación"¹⁹³.

Esta misma regla será aplicable cuando, como hemos matizado, el inválido no tenga derecho a prestaciones en las demás legislaciones a las que eventualmente haya podido estar sometido con posterioridad al reconocimiento de su invalidez. En consecuencia "si el trabajador por cuenta propia o ajena no tuviera derecho a prestaciones de invalidez en virtud de la legislación de ningún Estado miembro a la que estuviera sometido cuando la agravación de la invalidez se produjo, la institución del Estado miembro de la que primero recibió la prestación, tendrá en cuenta la agravación de su estado cuando calcule el importe de la prestación que le adeuda"¹⁹⁴, o, en palabras del propio Reglamento, si el trabajador estuvo sometido a otras legislaciones, pero no tuviese derecho a prestaciones con cargo a ninguna de ellas, "la institución competente del primer Estado estará obligada a concederle las prestaciones con arreglo a lo dispuesto en la legislación de dicho

¹⁹³ RAPPENBUSCH, S.V., "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo", opus cit., pág. 565. En idénticos términos FERRERAS ALONSO, F. "Las prestaciones por enfermedad, maternidad e invalidez en el Reglamento 1408/71", opus cit., pág. 123. Expresado de forma más concisa: "... la institución competente asumirá la concesión y el coste de las prestaciones ...", MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. y SEMPERE NAVARRO, A.V., "Derecho social europeo", opus cit., pág. 279.

¹⁹⁴ "Recopilación de disposiciones comunitarias en materia de Seguridad social" (1994), opus cit., pág. 138.

Estado, teniendo en cuenta la agravación"¹⁹⁵ y, si fuese necesario, las reglas de totalización de períodos.

5.1.2. Cuando el trabajador ha estado sometido a varias legislaciones desde la concesión.

Los requisitos vistos varían -como matiza el artículo 41.1.b)- cuando el interesado ha estado sujeto, desde la fecha en que comenzó a disfrutar de las prestaciones, a la legislación de uno o varios de los demás Estados miembros, consolidando en ellos derecho a prestaciones¹⁹⁶. En estos casos las prestaciones le serán concedidas teniendo en cuenta la agravación de conformidad con lo previsto en el apartado 1 del artículo 37, o en los apartados 1 o 2 del artículo 40, según proceda.

Seguimos en el supuesto de que al trabajador

¹⁹⁵ Artículo 41.1 e), del Rgto. 1408, regla contenida en esta letra que entendemos también es aplicable en estos supuestos a pesar de que, de la dicción literal del precepto pudiera parecer que no solo procede su juego en los supuestos previstos en la letra b) del precepto, letra que veremos en el epígrafe siguiente.

¹⁹⁶ Matización conveniente para dar pleno sentido a la regla, en relación con la hecha en el punto anterior, véase RODRIGUEZ-PIÑERO, M. "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades europeas", opus cit., pág. 339.

originariamente se le reconoció una única prestación por un solo Estado, que pudo ser del tipo A o del tipo B. Si la prestación original fue del tipo A y los Estados a cuyas legislaciones ha estado sometido después han sido del tipo A, las prestaciones que se deriven de la agravación de su situación incapacitante le serán concedidas aplicando exclusivamente las reglas que rigen este tipo de prestaciones y, por tanto, tendrá derecho a una única prestación concedida por una única legislación. Si, por el contrario, estuvo sometido a legislaciones tipo B, u originariamente su prestación era de este tipo, las reglas que se van a aplicar son las de las invalideces tipo B y, por tanto, salvo la excepción del artículo 40.2 que remite a las reglas tipo A, el interesado debería percibir, por aplicación de las reglas generales, a las que remite el precepto, las prestaciones de invalidez de las diferentes instituciones a cuyas legislaciones estuvo sometido, eso sí, proporcionalmente a su vinculación a las mismas, lo que normalmente se suele conocer como prestaciones a "pro rata".

Como señaló la Comisión, "si el interesado, después de haber empezado a disfrutar de las prestaciones, ha estado sujeto a la legislación de uno o de varios Estados miembros, se procede a un nuevo cálculo de las mismas, ..., como si no se hubiese liquidado anteriormente ninguna

pensión de invalidez"¹⁹⁷. Esta misma matización, esto es, "... como si no se hubiese liquidado anteriormente ninguna pensión de invalidez ..." se repite en la mayoría de los autores¹⁹⁸, matización que entendemos acertada para subrayar que se aplicaran las reglas que correspondan como si la prestación naciera de una situación de invalidez nueva, pero que no es del todo cierta si tenemos en cuenta que el nuevo cálculo de las prestaciones está mediatizado, finalmente, por la previsión contenida en el apartado c) del mismo precepto, que analizamos en el epígrafe siguiente, aunque, eso sí, quizás aporta una claridad expositiva difícil de conseguir en este enrevesado campo.

5.1.2.1. Complemento otorgado por la institución originariamente competente.

Decíamos en el apartado anterior que no era del todo

¹⁹⁷ "Recopilación de disposiciones comunitarias sobre Seguridad social" (1986), opus cit., pág. 328.

¹⁹⁸ "... se procederá a una nueva liquidación como si ninguna pensión hubiera sido liquidada antes ...", RODRIGUEZ-PIÑERO, M. "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades europeas", opus cit., pág. 339. "... se procede a una nueva liquidación de la pensión, como si no se hubiera concedido anteriormente ninguna prestación de invalidez ...", RAEPENBUSCH, S. V. "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo", opus cit., pág. 565. "... se procede a un nuevo cálculo de la pensión ... como si no se hubiera concedido anteriormente ninguna prestación de invalidez", FERRERAS ALONSO, F. "Las prestaciones por enfermedad, maternidad e invalidez en el Reglamento 1408/71", opus cit., pág. 123.

exacta la afirmación de que se procedía a un nuevo cálculo de la prestación, entre las distintas instituciones implicadas, "como si no se hubiese liquidado anteriormente ninguna pensión de invalidez", y no lo es porque, como señala el apartado c), del artículo 41.1., "si la cuantía total de la prestación o prestaciones debidas en virtud de lo dispuesto en la letra b) resultase inferior a la cuantía de la prestación que el interesado percibía con cargo a la institución anteriormente deudora, ésta estará obligada a abonarle un complemento igual a la diferencia existente entre ambas cuantías".

Esto es, efectivamente el nuevo cálculo de la prestación se debería realizar, en una primera fase, como si fuera la primera vez que se liquida la prestación. Pero sobre esta liquidación planea la practicada anteriormente, -que dio lugar a la prestación que venía percibiendo el trabajador-, de tal modo que si la suma total de prestaciones a las que pueda tener derecho el inválido-agravado es inferior a la prestación que percibía originariamente, la institución que abonaba inicialmente la prestación estaría obligada a otorgar al interesado, además de la prestación prorrateada que pudiera corresponderle si se hubieran aplicado las reglas de la invalidez tipo B, un complemento que completara la diferencia entre la cantidad resultante del nuevo cálculo derivado de la agravación de la prestación y la cantidad percibida con anterioridad a la agravación.

Esta posibilidad, no obstante, sólo entrara en juego cuando la nueva prestación se liquide en aplicación de las reglas de la invalidez tipo B o en aplicación de las reglas de la invalidez tipo A pero la institución competente sea una distinta de la que lo fue originariamente, porque si las reglas aplicables son las de la invalidez tipo A y la institución competente es finalmente la misma que la que venía abonando la prestación, por ser a su legislación a la que estaba sometido en la fecha del hecho causante, es seguro que la prestación reconocida como consecuencia de la agravación será más alta que la que venía percibiendo.

La intención de la norma en este punto es evidente. Se pretende que el nuevo cálculo no perjudique al interesado "de forma que se le entregará un complemento diferencial a cargo de la institución anteriormente deudora, si las prestaciones a que tenía derecho antes de la agravación eran más elevadas", por utilizar los términos empleados por la Comisión para justificar la existencia de la regla¹⁹⁹.

En todo caso, el trabajador que ve agravada su invalidez puede tener derecho, como indica el artículo 41 del Rgto. 1408, a una o varias pensiones²⁰⁰, derecho a varias prestaciones que no concuerda con la previsión del artículo 35.2 del Rgto. 574 que parece que está pensando

¹⁹⁹ "Recopilación de disposiciones comunitarias sobre seguridad social" (1986), opus cit., pág. 328.

²⁰⁰ "... si la cuantía total de la prestación o prestaciones debidas ... ", señala el artículo 41.1.c).

en que el trabajador, en el caso de agravación de su invalidez por la que percibía una prestación, y que después ha estado sometido a otras legislaciones, solo obtendrá la prestación de la última a la que estuvo afiliado y la primera concederá, en su caso, un complemento que complete esta última cuantía con la que ella pagaba originariamente. En efecto, señala el artículo 35.2 del Rgto. 574 que "en el caso a que se refiere la letra la letra b) del apartado 1 del artículo 41 del Reglamento, la institución a la que haya estado afiliado en último lugar el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, dará a conocer la cuantía y la fecha de efectos de las prestaciones debidas en virtud de la legislación aplicada por ella, a la institución inicialmente deudora de las prestaciones. A partir de esa fecha, las prestaciones debidas antes de al agravación de la invalidez quedarán suprimidas o serán reducidas hasta la cuantía del complemento previsto en la letra c) del apartado 1 del artículo 41 del Reglamento". Esta nueva deficiencia técnica del Rgto. 574 sólo cabe salvarla, a nuestro entender, con una interpretación integradora en relación con los presupuestos que hemos expuesto.

5.1.2.2. El caso de la legislación neerlandesa.

Como consecuencia de que la legislación neerlandesa no distingue entre "el origen común o profesional de las

enfermedades que hayan provocado la invalidez"²⁰¹, el artículo 41.1.d) del Rgto. establece una regla especial para la distribución de la carga de la prestación en determinados supuestos en los que puede entrar en juego la consideración de la enfermedad profesional.

Cuando la institución neerlandesa ha sido la que concedió la prestación de invalidez en primer lugar y el trabajador ha estado sometido con posterioridad a otra legislación o legislaciones, esto es, en los supuestos previstos en el apartado b) del mismo artículo 41, "y si:

- i) la afección que haya provocado la agravación fuera idéntica a la que haya originado la concesión de prestaciones en virtud de la legislación neerlandesa,
- ii) dicha afección fuera una enfermedad profesional en el sentido atribuido por la legislación del Estado miembro a la que el interesado haya estado sujeto en último lugar, y abriera derecho a pago del suplemento al que se refiere la letra b) del apartado 1 del artículo 60²⁰², y

²⁰¹ "Recopilación de disposiciones comunitarias en materia de seguridad social" (1986), opus cit., pág. 328.

²⁰² El artículo 60.1 señala: "1.- En caso de agravación de una enfermedad profesional, por la cual un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia haya disfrutado o esté disfrutando de una compensación al amparo de la legislación de un Estado miembro, se aplicarán las normas siguientes:

.....

iii) la legislación o legislaciones a que el interesado haya estado sujeto desde que empezó a disfrutar de las prestaciones fuera o fuesen legislaciones incluidas en la parte A del Anexo IV²⁰³",

concurriendo estas circunstancias, "la institución neerlandesa seguirá abonando la prestación inicial después de la agravación, y la prestación debida en virtud de la legislación del último Estado miembro a la cual el interesado haya estado sujeto quedará reducida en una cuantía igual al importe de la prestación neerlandesa", para lo cual la institución competente del último Estado "se dirigirá a la institución neerlandesa para informarse de la cuantía de la prestación debida por esta institución"²⁰⁴.

b) si, desde que disfruta de las prestaciones, el interesado ha ejercido una actividad de la índole antes indicada bajo la legislación de otro Estado miembro, la institución competente del primer Estado miembro vendrá obligada a hacerse cargo de las prestaciones, sin tener en cuenta la agravación, con arreglo a lo dispuesto en la legislación que aplique. La institución competente del segundo Estado miembro concederá al interesado un suplemento de cuantía igual a la diferencia existente entre la cuantía de las prestaciones a que el interesado tenga derecho después de la agravación y la cuantía de las prestaciones a que hubiera tenido derecho antes de la agravación, según la legislación aplicada por la institución del segundo Estado, en el supuesto de que la enfermedad hubiese sobrevenido bajo la legislación de dicho Estado".

²⁰³ Esto es, de las denominadas de tipo A.

²⁰⁴ En relación con la previsión del artículo 41.1.d) del Rgto. 1408, señala el artículo 35.3 del Rgto. 574: "en el caso a que se refiere la letra d) del apartado 1 del

Se trata de una regla enrevesada que supone una excepción a las previsiones generales contenidas en los preceptos que regulan las enfermedades profesionales y, en concreto, a la regla del artículo 60.b) del Rgto. 1408 variando, podríamos decir, el sistema de cálculo del complemento previsto, con carácter general, en el precepto citado en último lugar.

5.2. Supuestos en los que la prestación fue concedida originariamente por más de una legislación.

Evidentemente estamos hablando de prestaciones de invalidez que se concedieron aplicando las reglas de la invalidez tipo B. Las reglas aplicables en estos casos son sencillas pues "las prestaciones le serán concedidas teniendo en cuenta la agravación, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 40"²⁰⁵. Esto es, partiendo de la invalidez agravada, se volverán a aplicar las reglas de las invalideces tipo B para el cálculo de las prestaciones que deba cada una de las distintas

artículo 41 del Reglamento no serán aplicables las disposiciones del apartado 2. En tal caso, la institución a la que ha estado afiliado en último lugar el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, se dirigirá a la institución neerlandesa para informarse de la cuantía de la prestación debida por esta institución".

²⁰⁵ Artículo 41.2 del Rgto. 1408.

instituciones competentes.

5.3. Supuestos en los que la agravación determina el cumplimiento de requisitos en otras legislaciones a las que no se estuvo sometido después de la concesión de la prestación.

Las lesiones que inicialmente sufría el trabajador, y que determinaron la concesión de una prestación de invalidez en uno o en varios Estados, pudieron ser insuficientes para el reconocimiento de la prestación en otro u otros a cuyas legislaciones también estuvo sometido. Sin embargo, la agravación de esas lesiones, aún cuando el trabajador no haya vuelto a estar afiliado a otras legislaciones, podría determinar que el trabajador fuera considerado como inválido en el Estado o Estados en los que inicialmente se le denegó la prestación por no alcanzar un grado de invalidez pensionable.

En aplicación estricta de las previsiones del artículo 41, si el trabajador percibe una única prestación y no ha estado sometido con posterioridad a su concesión a otras legislaciones, la "institución competente del primer Estado estará obligada a concederle las prestaciones, teniendo en

cuenta la agravación"²⁰⁶; y, si el trabajador percibe prestaciones de invalidez "en virtud de la legislación de dos o más Estados miembros, las prestaciones le serán concedidas teniendo en cuenta la agravación, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 40"²⁰⁷.

Para este último supuesto, en virtud de la remisión que el artículo 40.1 del Rgto. 1408 hace al capítulo 3, habría que considerar aplicable en estos casos las previsiones del artículo 49, que dicta reglas para "el cálculo de las prestaciones cuando el interesado no cumpla simultáneamente los requisitos exigidos por todas las legislaciones". Por lo que, cuando las prestaciones de invalidez estén concedidas en aplicación de las reglas de la invalidez tipo B, único supuesto en el que el trabajador podría percibir dos o más prestaciones, entendemos que deben ser aplicables, en los supuestos señalados, las previsiones del artículo 49.

La solución en el primer supuesto no es tan sencilla pues en él se pueden albergar distintas situaciones. Sabemos que el que el trabajador perciba una única prestación de invalidez no implica necesariamente que su concesión haya sido en aplicación exclusiva de las reglas de la invalidez tipo A. Puede percibir una única prestación otorgada, efectivamente, por un país A, pero puede,

²⁰⁶ Artículo 41.1.a) del Rgto. 1408.

²⁰⁷ Artículo 41.2 del Rgto. 1408.

también, haber sido otorgada solamente por un país B cuando las lesiones que padecía originariamente únicamente determinaron la concesión de la prestación en un sólo Estado. E incluso, afinando más las posibilidades, puede percibir la prestación de invalidez de un solo Estado A que haya sido competente por "retroacción", esto es, cuando el trabajador no alcanzaba la merma física suficiente para tener derecho a una prestación en el Estado a cuya legislación estaba sometido en la fecha del hecho causante de la prestación; en este último caso la agravación podría determinar que se tuviera derecho a prestaciones de invalidez en el Estado tipo A que originariamente debió ser competente; y, también, podría tener derecho a prestaciones únicamente por un Estado A pero porque en los demás Estados tipo B a los que el trabajador estuvo afiliado no reunía los requisitos exigidos desde el punto de vista de la calificación de las lesiones. Por consiguiente, la prestación única de invalidez pudo haber sido concedida en aplicación de las reglas de invalidez tipo A, en las que el Estado competente lo es directamente o por "retroacción", o pueden haber sido concedidas en aplicación de las reglas de invalidez tipo B. Pero incluso puede que la prestación sea debida únicamente por un Estado tipo A aunque el trabajador hubiera estado afiliado a otros Estados tipo B.

El tratamiento que los Reglamentos dan a estas distintas situaciones es diferente.

En primer lugar, empezando por aquellos supuestos en los que el trabajador recibe prestaciones de países tipo A, y siempre recordando que estamos en supuestos de agravación de una invalidez cuando no se estuvo sometido a otras legislaciones con posterioridad a su declaración inicial, en el supuesto que podríamos llamar normal, si el trabajador percibía una prestación de invalidez y después por agravación tiene derecho a otra más elevada esta última será concedida, como sabemos, por el Estado que venía abonando la primera. En el caso de que la prestación le hubiera sido concedida por un Estado tipo A por "retroacción" y la agravación suponga que las nuevas lesiones podrían determinar una prestación en el Estado que originariamente debió de ser competente, el Reglamento lo considera dentro del supuesto que acabamos de reseñar. No obstante, entendemos que, por coherencia normativa, el Estado que originariamente debió ser competente, al menos, y si no se quiere modificar la competencia señalada en el momento de la concesión, -opción a valorar seriamente y que sería compatible con la estructuración normativa de los Reglamentos-, este Estado que inicialmente debió ser competente, decíamos, debería otorgar un complemento sobre la cuantía de la pensión concedida, como consecuencia de la agravación, por la institución que venía abonándola, eso sí, evidentemente, cuando la cuantía de la prestación que el mismo debiera abonar, de acuerdo con las nuevas lesiones, fuera más elevada que la que corresponda otorgar a la institución obligada por el Reglamento. Cuando la

prestación que venía percibiendo era una de tipo A y la agravación suponga que va a tener derecho a prestaciones de invalidez en países tipo B las reglas aplicables, en función de la previsión del artículo 43.4 del Rgto. 1408²⁰⁸, serán las de la invalidez tipo B, por lo que nos remitimos a lo que diremos a continuación.

En segundo lugar, si el trabajador percibía una única prestación, pero ésta le fue otorgada aplicando las reglas de las invalideces tipo B, y la agravación de las lesiones determina el cumplimiento de los requisitos necesarios para otorgar una prestación en otras legislaciones, por coherencia normativa, las reglas aplicables serán las del artículo 49 del Rgto. 1408, precepto incluido dentro del capítulo 3, capítulo aplicable, como sabemos a las prestaciones de invalidez tipo B. Esta coherencia debió ser la que llevó a precisar a los "autores" del Rgto. 1408 "que las disposiciones del artículo 49 se aplican también cuando el interesado que, después de recibir la pensión a cargo de un Estado miembro no hubiera estado sometido a la legislación de otro Estado miembro, reúne, como consecuencia de la agravación de su invalidez, los requisitos exigidos por una legislación a la que se estuvo

²⁰⁸ Señala el artículo 43.4 que "las prestaciones de invalidez liquidadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39 serán objeto de una nueva liquidación en aplicación de lo dispuesto en el capítulo 3, tan pronto como el beneficiario reúna las condiciones requeridas para tener derecho a las prestaciones de invalidez en virtud de una legislación no indicada en la parte A del Anexo IV, o en cuanto tenga derecho a las prestaciones de vejez en virtud de la legislación de otro Estado miembro".

sometido con anterioridad"²⁰⁹. Precisión con la que "se viene, por tanto, a superar la disposición limitativa contenida en el artículo 41"²¹⁰.

6.- RESTABLECIMIENTO DE LAS PRESTACIONES DESPUÉS DE SU SUSPENSIÓN O SUPRESIÓN.

Las reglas del Reglamento, en los supuestos de restablecimiento de las prestaciones de invalidez después de su suspensión o supresión, se dirigen a la determinación de la institución deudora²¹¹, interés supremo, en

²⁰⁹ COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS "Recopilación de disposiciones comunitarias sobre Seguridad social", (1986), opus cit. pág 328. Esta información desaparece, sin embargo, en la nueva edición de la obra efectuada en 1994, 4ª edición, cit, quizás por la nueva redacción dada al artículo 43.4, del Rgto. 1408, por el Rgto. 1248/92, información, no obstante, que sólo se refería a los supuestos de invalidez tipo A.

²¹⁰ MOTTA, "I diritti previndenziali dei laboratori migranti nei paesi della CEE", opus cit., pág. 82, citado por RODRIGUEZ PIÑEIRO, M. en "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas", opus cit., pág. 339, donde, por cierto, entendemos que por uno de esos duendes de la imprenta, Rodriguez Piñero, citando la misma fuente que la que nosotros hemos utilizado, señala al artículo 41 como aplicable a estos supuestos en vez del artículo 49, textualmente dice: "Según declaración en el proceso verbal del Consejo la disposición del artículo 41 es aplicable también y subsiste el eventual incremento de la prestación, cuando el interesado, aun no estando sujeto tras la liquidación de la pensión a la legislación de otro Estado miembro, cumpla las condiciones requeridas por una legislación a la que hubiera estado sometido anteriormente".

²¹¹ COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, "Recopilación de disposiciones comunitarias sobre seguridad social" (1986), opus cit., pág. 328.

realidad, de las reglas de coordinación elaboradas por los Estados, no lo olvidemos.

Pues bien, en el supuesto de que las prestaciones hayan sido suspendidas y después se restablezcan "la obligación de hacerlas efectivas recaerá sobre la institución o instituciones que fuesen deudoras de las prestaciones en la fecha de la suspensión", señala el artículo 42.1 del Rgto. 1408, a menos que en ese momento "se haya producido la transformación de la pensión de invalidez en pensión de vejez"²¹², en cuyo caso se aplicarán las reglas que veremos en el epígrafe siguiente para los supuestos de transformación. Las causas de suspensión son las previstas en la legislación de la institución deudora de la prestación que es la aplicable y, por consiguiente, levantada la suspensión esta institución es la que debe seguir abonando la prestación en la medida en que lo venía haciendo.

Solución diferente es la que establece el Reglamento para los supuestos de supresión de las prestaciones. En estos casos "si, después de haber sido suprimidas las prestaciones, el estado del interesado justifica la concesión de nuevas prestaciones, éstas le serán concedidas conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 37,

²¹² Ultimo inciso del artículo 42.1 y COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, "Recopilación de disposiciones comunitarias sobre seguridad social" (1986), opus cit., pág. 329.

o en los apartados 1 o 2 del artículo 40, según proceda", señala el apartado 2 del artículo 42. Parece que el supuesto al que se está refiriendo la norma es a aquél en el que la mejoría de las lesiones invalidantes han determinado la supresión de las prestaciones. En estos supuestos si, con posterioridad a esta supresión por mejoría, el estado del inválido vuelve a determinar la concesión de prestaciones de invalidez estas le serán concedidas en aplicación de las reglas generales dependiendo de las circunstancias que concurran en la nueva fecha de la concesión y no, por tanto, de acuerdo con las reglas que fueron aplicables para la concesión de las prestaciones otorgadas con anterioridad.

7.- TRANSFORMACIÓN DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ EN PRESTACIONES DE VEJEZ.

La conversión de las prestaciones de invalidez en prestaciones de vejez, habitual en el Derecho europeo²¹³, hizo necesario que se establecieran reglas específicas en

²¹³ "No es infrecuente el que las legislaciones nacionales prevean la transformación de las pensiones de invalidez en pensiones de vejez", dice RODRIGUEZ PIÑERO, M., en "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas", opus cit., pág. 339. "En todos los países miembros de las CE está prevista la conversión de la pensión de invalidez en pensión de vejez", señala FERRERAS ALONSO, F., en "Problemas de coordinación comunitaria de la legislación española sobre prestación de incapacidad temporal e invalidez", opus cit., pág. 326.

los Reglamentos para regular la incidencia que sobre las prestaciones de invalidez pudieran tener los supuestos en los que se lleve a cabo esta transformación. Estas previsiones están recogidas en el artículo 43 del Rgto. 1408, precepto que recibió nueva redacción por el Rgto. 1248/92²¹⁴.

Los Reglamentos parten, por tanto, de la consideración de que normalmente las pensiones de invalidez se van a

²¹⁴ El Rgto. 1248/92, de 30 de abril, justificó en estos términos las modificaciones introducidas en el artículo 43: "Considerando que la nueva redacción del apartado 1 del artículo 43 y la inclusión del nuevo apartado 3 en el artículo 43 requieren la modificación del título de la sección 4 del capítulo 2 del título III del Reglamento (CEE) nº 1408/71;

Considerando que conviene completar el texto del apartado 2 del artículo 43 del Reglamento (CEE) nº 1408/71, a fin de garantizar que, cuando la legislación de un Estado miembro no disponga la transformación de una prestación de invalidez en prestación de vejez, el beneficiario seguirá teniendo derecho a la prestación debida en virtud de dicha legislación siempre que siga cumpliendo los requisitos previstos para poder beneficiarse de la misma;

Considerando que la experiencia adquirida en la aplicación del artículo 43 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 ha puesto de manifiesto la existencia de una laguna en el caso de que una prestación de invalidez liquidada con arreglo al artículo 39 de dicho Reglamento se convierta en prestación de vejez sin que el interesado satisfaga los requisitos de edad de la legislación de otro Estado miembro para tener derecho a esta prestación; que es conveniente colmar esta laguna mediante la inclusión de un nuevo apartado 3 en el citado artículo 43 en el que se estipule que la institución competente del Estado miembro, dispensada hasta ese momento del pago de una pensión de invalidez, concederá, desde la fecha de la conversión en el otro Estado miembro, una pensión de invalidez liquidada con arreglo a las disposiciones del capítulo 3 del título III del Reglamento (CEE) nº 1408/71;

Considerando que el actual apartado 3 del artículo 43 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 debe convertirse en apartado 4 y que debe simplificarse la redacción del mismo;"

transformar en pensiones de vejez, que es la práctica usual, como hemos dicho, en los países europeos. Por ello, el artículo 43.1 del Rgto. 1408 señala que "las prestaciones de invalidez se convertirán, llegado el caso, en prestaciones de vejez, con arreglo a las condiciones establecidas por la legislación o legislaciones en virtud de las cuales hayan sido concedidas, y con arreglo a lo dispuesto en el capítulo 3". Esto es, la transformación de las prestaciones se lleva a cabo en cumplimiento de las normas internas de cada Estado, pero a tal transmutación se aplica, desde el punto de vista reglamentario, el capítulo que recoge las reglas de coordinación para las prestaciones de vejez. No obstante la regla general, aplicable, por tanto, a todo tipo de prestaciones de invalidez, el Reglamento contiene previsiones específicas para la transformación de las prestaciones de invalidez tipo B y para las tipo A.

7.1. Transformación de las prestaciones de invalidez tipo B.

El que la transformación de las prestaciones de

invalidez se efectúe ajustándose a los requisitos establecidos en la legislación de cada Estado inevitablemente va a suponer que estos requisitos no se cumplan simultáneamente en todas las legislaciones que puedan verse afectadas. Es conocida que una de las exigencias básicas para tener derecho a una pensión de jubilación es el cumplimiento de una determinada edad; pues bien, la existencia de diferentes edades de jubilación en los distintos países de la Unión determina, en muchas ocasiones, que no se puedan cumplir simultáneamente las condiciones para tener derecho a una pensión de vejez en todas las legislaciones implicadas. Es este uno de los motivos esenciales que sirven de fundamento a las previsiones comunitarias en este punto²¹⁵.

En efecto, en estos casos, prevé el Rgto. en el art. 43.2 que "toda institución que sea deudora de prestaciones de invalidez en virtud de la legislación de cualquier Estado miembro continuará abonando al beneficiario de prestaciones de invalidez que, con arreglo al artículo 49

²¹⁵ Señala RODRIGUEZ PIÑERO, M. que la "cuestión planteó algunas dificultades bajo la vigencia del Reglamento 3, que han intentado ser superadas en el artículo 43 Reglamento 1408/71, que tiene en cuenta las diferentes edades de jubilación que existen en los países comunitarios", en "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades europeas", opus cit., pág. 341. En términos similares señala la COMISION, refiriéndose a las previsiones reglamentarias sobre la transformación de prestaciones, que "estas disposiciones tienden a evitar determinados inconvenientes derivados de la existencia de diferentes edades de jubilación en los distintos regímenes", "Recopilación de disposiciones comunitarias en materia de seguridad social" (1986), pág. 329.

haya invocado las prestaciones de vejez al amparo de la legislación de uno o varios de los demás Estados miembros, aquellas prestaciones de invalidez a las que el interesado tenga derecho en virtud de la legislación que dicha institución aplique, hasta que llegue el momento en que le corresponda aplicar lo dispuesto en el apartado 1 o, si no, mientras el interesado reúna los requisitos necesarios para percibir dichas prestaciones".

Se desprende del supuesto de la norma que el interesado puede venir percibiendo dos o más prestaciones de invalidez, posibilidad que sólo puede darse cuando éstas están concedidas en aplicación de las reglas de invalidez tipo B, conclusión a la que también llegamos, por contraposición, al tener en cuenta la especialidad recogida en el punto 3 del mismo artículo, referida exclusivamente a las prestaciones de invalidez tipo A. Pues bien, la previsión de la norma se concreta en obligar, en el caso de que el interesado viniera cobrando varias pensiones de invalidez y solicite, por cumplir los requisitos en una de esas legislaciones, la transformación de una de ellas en una pensión de vejez, a continuar el abono de las demás pensiones de invalidez hasta que se cumplan los requisitos para su transformación en las demás legislaciones, y, si en estas no está prevista la transformación, compele la norma a las instituciones deudoras a seguir abonando las prestaciones de invalidez mientras concurren los requisitos

necesarios para ello²¹⁶.

7.2. Transformación de las prestaciones de invalidez tipo A.

La reglas de transformación de las prestaciones de invalidez tipo A en pensiones de invalidez recogen dos situaciones que responden a las dos caras de una misma moneda. Por un lado, establecen las reglas aplicables el supuesto en que se transforma la prestación de invalidez que el interesado venía percibiendo y, por otro, regulan la incidencia que sobre la prestación de invalidez tipo A tiene el que el interesado comience a percibir una prestación de vejez en otro Estado diferente.

²¹⁶ En este punto señalaba la COMISIÓN que "de esta disposición resulta, por ejemplo, que un trabajador que tenga derecho a una pensión de invalidez en virtud del régimen general belga y que haya estado asegurado a este régimen bajo la legislación italiana, continuará disfrutando de esta pensión hasta los 65 años, aunque a partir de los 60 años perciba una prestación de vejez en virtud de la legislación italiana. Sólo a partir de los 65 años, edad normal de jubilación en el régimen belga, la pensión de invalidez es transformada, según las disposiciones de este régimen, en una prestación de vejez calculada con arreglo a las disposiciones del capítulo 3", "Recopilación de disposiciones comunitarias en materia de Seguridad social" (1986), opus cit., pág 329.

**7.2.1. Transformación en pensión de vejez de la
prestación de invalidez tipo A y derecho a
prestaciones de invalidez en otros Estados.**

En este caso señala el Reglamento que "cuando unas prestaciones de invalidez liquidadas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 en virtud de la legislación de cualquier Estado miembro se conviertan en prestaciones de vejez y el interesado no reúna aún las condiciones requeridas por la legislación o legislaciones de uno o varios de los demás Estados miembros para tener derecho a dichas prestaciones, percibirá las prestaciones de invalidez concedidas por el o los citados Estados miembros a partir del día de la conversión, y liquidadas con arreglo a las disposiciones del capítulo 3, como si dicho capítulo hubiera sido aplicable en la fecha de manifestación de la incapacidad laboral seguida de invalidez, hasta el momento en que el interesado reúna las condiciones requeridas por la legislación o legislaciones nacionales afectadas para tener derecho a las prestaciones de vejez, o cuando tal conversión no esté prevista, mientras el interesado tenga derecho a prestaciones de invalidez en virtud de la legislación o legislaciones de que se trate"²¹⁷.

Esta previsión de la norma fue una de las que nos

²¹⁷ Artículo 43.3 del Rgto. 1408.

sirvió para resaltar que las reglas de coordinación de los Reglamentos, estructuradas sobre lo que hemos llamado dos tipos de invalidez, no son más que una opción que se "desjustifica" a sí misma, decíamos, por cuanto las reglas aplicables a las legislaciones tipo A, cuando entran en contacto con legislaciones tipo B, son la propias de estas últimas²¹⁸. Un paso más, y quizás más firme, en apoyo de esta idea, son las reglas previstas en los supuestos de transformación de una prestación de invalidez tipo A en una pensión de vejez.

En efecto, como hemos visto, en estos casos, los restantes Estados, -que tienen que ser también tipo A pues sino el trabajador hubiera percibido prestaciones de invalidez tipo B-, concederán las prestaciones de invalidez a que pueda tener derecho en ellos el interesado aplicando las reglas del capítulo 3, que son las correspondientes a las prestaciones de invalidez tipo B, "como si dicho capítulo hubiera sido aplicable en la fecha de manifestación de la incapacidad laboral seguida de invalidez", con lo que el arrumbamiento de la justificación que sustenta la construcción comunitaria en esta materia es total. En cualquier caso, los nuevos Estados deudores de la prestación lo continuarán siendo hasta que las prestaciones que otorgan se transformen, a su vez, en pensiones de vejez según su legislación o, si tal transformación no está prevista en la legislación que

²¹⁸ Véase lo dicho en el epígrafe 3.1 de este capítulo.

aplican, mientras tengan derecho a la pensión de invalidez concedida.

7.2.2. Prestación de invalidez tipo A y obtención de una pensión de vejez en otro Estado.

También este supuesto echa por tierra, en gran medida, la construcción comunitaria sustentada en la estructuración de las pensiones de invalidez tipo A y tipo B. En este caso, el Reglamento exige que la pensión de invalidez tipo A que perciba un trabajador se calcule de nuevo, aplicando las reglas del capítulo 3, -esto es, las de vejez aplicables a las pensiones de invalidez tipo B-, cuando el inválido se beneficie de pensiones de vejez en otros Estados. En concreto, señala el precepto que "las prestaciones de invalidez liquidadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39 serán objeto de una nueva liquidación en aplicación de lo dispuesto en el capítulo 3, tan pronto como el beneficiario reúna las condiciones requeridas para tener derecho a las prestaciones de invalidez en virtud de una legislación no indicada en la parte A del Anexo IV, o en cuanto se beneficie de las prestaciones de vejez en virtud de la legislación de otro Estado miembro"²¹⁹.

²¹⁹ Artículo 43.4 del Rgto. 1408.

**CAPITULO SEGUNDO: TOTALIZACION DE PERIODOS Y
LIQUIDACION DE PRESTACIONES.**

INTRODUCCION.

En el capítulo anterior vimos como estructuran los Reglamentos comunitarios la coordinación de las prestaciones de invalidez. Sabemos, por tanto, que esa configuración se construye sobre la distinción establecida entre las llamadas invalideces tipo A y las invalideces tipo B, cada una con unas reglas de coordinación diferentes en lo que atañe, básicamente, a la determinación de la legislación aplicable, la concreción de la institución competente y el abono de las prestaciones.

Por la exposición del capítulo precedente, también conocemos que la institución que resulte competente en cada caso, para el reconocimiento de las prestaciones de invalidez, comprobará, normalmente, por un lado, el estado incapacitante del trabajador y, por otro, que el interesado reúne los períodos de seguro, empleo o residencia exigidos por la legislación que aplica para la concesión de la prestación solicitada. A la problemática que plantea la verificación del estado incapacitante del trabajador hemos dedicado parte del análisis del capítulo anterior.

En el que ahora abrimos centraremos la exposición en el estudio de las reglas que rigen la consideración de los períodos de seguro, empleo y residencia cumplidos por un

trabajador en el extranjero, así como su incidencia en la liquidación de las prestaciones. Por ello, aunque escalonado en diversos epígrafes, el capítulo gira en torno a dos grandes bloques en los que se desdobra la trama apuntada, uno, que analiza y estudia las reglas que rigen la consideración de los citados períodos de aseguramiento cumplidos en los diferentes Estados para la concesión de las prestaciones, y, otro, dedicado específicamente al estudio de las reglas de liquidación de prestaciones debidas en cada caso. Ambas referencias constituyen, por tanto, la estructura vertebral del presente capítulo.

* * * *

En realidad los citados bloques o conjuntos responden, respectivamente, a las técnicas de aplicación del llamado principio de conservación de derechos en curso de adquisición, uno de los principios básicos que sirve de guía a las normas internacionales de seguridad social. Más explícitamente, el de conservación de derechos en curso de adquisición, junto con el de conservación de derechos adquiridos, constituye uno de los cimientos sobre los que se asienta la Seguridad Social internacional, sobre todo, en su vertiente técnica de coordinación y ello porque el

citado principio supone, esencialmente, la obligación de tomar en consideración, -para el nacimiento y cálculo de las prestaciones-, todos los períodos de seguro cumplidos por el trabajador migrante en los diferentes Estados en los que prestó sus servicios. Esta finalidad le hace jugar un papel capital en la coordinación de todas las prestaciones de Seguridad Social y, muy especialmente, en aquellas en las que, como en las de invalidez, que requieren, en casi todas las legislaciones, períodos previos de cotización, más o menos extensos, pero en todo caso dilatados, bien para su concesión bien para la fijación de su cuantía.

El temor de los trabajadores migrantes a la pérdida o desmembramiento de su carrera de seguro, por el hecho de haberla completado bajo legislaciones diferentes, ha conducido a otorgar ese papel sobresaliente al principio y a sus técnicas de aplicación, razón que ha servido para afirmar, en línea con la idea que estamos sosteniendo, que "el aspecto más importante de la coordinación entre los sistemas de seguridad social de los Estados miembros ... está constituido, sin duda, por la totalización, o acumulación, de todos los períodos trascendentes a efectos del nacimiento del derecho a las prestaciones de seguridad social, cualquiera que sea el territorio de los Estados miembros donde se hayan perfeccionado"¹. O lo que es lo mismo, la totalización, como técnica de aplicación del

¹ POCAR, F. "Derecho comunitario del Trabajo", opus cit., pág. 208.

principio de conservación de derechos en curso de adquisición, supone que los distintos Estados implicados en la concesión de prestaciones a un trabajador migrante están obligados, en principio, a tener en cuenta los períodos de seguro cumplidos en todos ellos para el reconocimiento de las prestaciones solicitadas, siendo esta obligación de totalizar la que tiene una mayor trascendencia entre las que se derivan de cualquier tratado internacional en materia de Seguridad Social.

* * * *

Los legisladores comunitarios no se substraieron al influjo del importante papel que el principio de conservación de derechos en curso de adquisición ha jugado en las normas de coordinación internacional de la Seguridad Social². Reflejo de esta impronta es que la garantía de su aplicación quedó consagrada en el denominado derecho originario³. En efecto, el artículo 51 del Tratado de la

² Un análisis de los principios de la Seguridad Social internacional en PERRIN, G. "Introduction au droit international de la sécurité sociale. Coordination des législations nationales". RBSS núms. 1-2, 1991, págs. 47-52.

³ "Es el propio Derecho originario el que ha asegurado "la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales

Comunidad Europea exige al Consejo la adopción de las medidas necesarias, en materia de Seguridad Social, para garantizar a los trabajadores migrantes y a sus derechohabientes "la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de estas"⁴. El Tratado europeo se refiere al principio, no obstante, a través de sus técnicas de aplicación, esto es, menciona, por un lado, la totalización⁵ o acumulación de períodos y, por otro, la correlativa aplicación de la liquidación o cálculo de prestaciones.

Ahora bien, este principio de conservación de derechos

para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas", señala SEMPERE NAVARRO, A.V. en "Principios generales de la Seguridad social comunitaria", opus cit., pág. 41.

⁴ Esta articulación le ha permitido a MONTOYA MELGAR, A. señalar que "respecto de los migrantes comunitarios, su Seguridad Social (regulada por el Tratado CEE, art. 51, y los Reglamentos de la CEE 1408/71 y 574/72 ...) se rige por los principios de igualdad de trato, transferencia o exportación de prestaciones, totalización de períodos de cotización y coordinación administrativa", en "Derecho del Trabajo", (decimoctava edición). Ed. Tecnos. Madrid 1977, pág. 615. Enlazando con la anterior cita, un examen compendiado de los principios básicos de la Seguridad Social internacional en MONTOYA MELGAR, A, "El Derecho internacional de la Seguridad Social", RPS nº61, 1964, págs. 404 a 412, donde señala como tales a los principios de territorialidad y extraterritorialidad; igualdad de trato y reciprocidad; la conservación de los derechos adquiridos; y la colaboración administrativa.

⁵ Razón que ha hecho que algunos autores llamen a este principio como principio de totalización, como, por ejemplo, RIBAS, M., "La Politique sociale de la C.E.E.", Rev. C.A.F. nº 3-4, marzo-abril, París 1961, págs. 302-323.

en curso de adquisición, que ya se encuentra en normas internacionales de Seguridad Social previas al Tratado de Roma⁶, y cuya finalidad es el mantenimiento de la carrera de seguro del trabajador, en las normas comunitarias, además, está al servicio del principio de libre circulación de trabajadores, objetivo específicamente remarcado en el primer párrafo del artículo 51 cuando señala que el Consejo "adoptará, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación"⁷, finalidad para la que se creará, según el

⁶ Refiriéndose al principio de conservación de derechos en curso de adquisición, o de totalización de períodos como él le denomina, y estudiando el Reglamento nº 3, indica RIBAS que es un principio "ya aplicado en algunos acuerdos bilaterales o multilaterales", RIBAS, M. "La Politique sociale de la C.E.E.", Rev. C.A.F. nº 3-4, marzo-abril, París 1961, págs. 302-323.

⁷ Para conseguir los objetivos fijados en el artículo 2 del Tratado de la Comunidad Económica -protección social, cohesión económica y social, etc.- se articulan en el Tratado una serie de políticas entre las cuales se encuentran las que regula el Título III de la segunda parte del Tratado, Título III que lleva como frontispicio: "libre circulación de personas, servicios y capitales". Dentro de las políticas, actuaciones o garantías que se establecen en este Título, el artículo 48, -incluido en el capítulo 1, artículos 48 a 51, capítulo dedicado a los trabajadores-, establece o asegura la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (véase en nota a esta misma introducción las modificaciones que en estos preceptos introduce el Tratado de Amsterdam). Es esta una libertad de desplazamiento por la Unión vinculada al desarrollo de una actividad económica, limitándose su ámbito de aplicación a quienes se desplazan, dentro de los Estados miembros de la Comunidad, con el fin de desarrollar una actividad económico-laboral, extendiéndose su aplicación, así mismo, a determinados miembros de su familia (señalan MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A., "Derecho social comunitario", opus cit., pág. 127). Podría afirmarse, por tanto, que la libre circulación de trabajadores es hoy un subconjunto dentro de la más genérica libertad de circulación de los ciudadanos reconocida en el artículo 8 A) del Tratado, (el artículo 8 A) pasará a ser el artículo 18, de acuerdo con

precepto, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes y a sus derechohabientes los principios de conservación de derechos adquiridos y de conservación de derechos en curso de adquisición. Desde este punto de vista se ha llegado a decir, incluso, que la totalización en los Reglamentos no es un principio en sí mismo sino un medio para la consecución de los objetivos

las modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam, precepto que reza: "Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación"), pero, en todo caso, es un subconjunto regulado por las concretas previsiones establecidas en el citado capítulo 1. Con ello queremos significar que al referirnos a la libre circulación de trabajadores nos estamos refiriendo a un concreto principio con una regulación y normativa de desarrollo específica y distinta de la genérica que rige el principio de libre circulación de ciudadanos, aunque, como es lógico, uno y otro comparten una misma inspiración (un amplio estudio de la libre circulación de trabajadores lo realizan MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V. en "Derecho social comunitario", opus cit., págs. 127-186). En todo caso, desde el lugar que aquí nos interesa, el principio de libre circulación de trabajadores es un principio de política de empleo o de política social en general (MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A., estudian la libre circulación de trabajadores dentro de la política de empleo, vid. "Derecho social comunitario", opus cit., pág. 126.), esto es, no es un principio propio y específico de Seguridad social internacional. Es cierto, no obstante, que, por expresa indicación del artículo 51 del Tratado, las normas de Seguridad social que elabore el Consejo tendrán como finalidad última contribuir a la consecución de tal objetivo, pero no son solo las normas de Seguridad social las que van a poner en pie la citada libre circulación de trabajadores, si no todo el bloque normativo que desde el punto de vista "social" o de política de empleo se elabore por la Unión. En todo caso, considerado como un objetivo a conseguir por la concreta regulación que se dicte en materia de Seguridad Social comunitaria, el principio de libre circulación ha servido, y sirve, para que el Tribunal de Justicia pueda pronunciarse sobre si una determina disposición se ajusta o no a la consecución de esa finalidad.

que el Tratado impone⁸, que no es otro que la libre circulación de trabajadores⁹. No obstante, la imbricación entre ambos principios es de tal calado que les ha convertido en hermanos siameses sin posibilidad de separarse, lo que ha dado pie a afirmar que la libre circulación "sería letra muerta sin la aplicación del principio de mantenimiento de los derechos adquiridos o en

⁸ RODRIGUEZ PIÑERO, M. "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas", opus cit, pág. 194. Libre circulación, por otro lado, que "determina toda la interpretación o la aplicación de las disposiciones comunitarias específicas de Seguridad social", RAEPENBUSCH, S.V., "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo", opus cit., pág. 169. Desde el punto de vista de sus antecedentes, el objetivo previsto en el artículo 51 ya aparecía en el artículo 69.4 del Tratado CECA que establecía que los Estados miembros deberían adoptar entre sí los acuerdos que considerasen necesarios "para que las disposiciones relativas a la seguridad social" no constituyeran un obstáculo a los movimientos de la mano de obra. La finalidad de ambos preceptos ha llevado a decir a la doctrina que "la idea de base de los artículos 69 CECA y 51 CEE es la misma", pero mientras que el artículo 69 CECA preveía que los Estados miembros "adoptarán entre sí los acuerdos", lo que implicaba un convenio internacional que necesitaba la ratificación por los parlamentos nacionales, el artículo 51 otorga al Consejo la misión de adoptar estas medidas a propuesta de la Comisión (RIBAS, J.J.; JONCZY, M.J. y SECHE, J.C. "Derecho Social Europeo", IES, Madrid 1980, pág. 221; véase, en general, las interesantes referencias que estos autores realizan en el mismo texto en el epígrafe "Del artículo 69 CECA al artículo 51 CEE", págs. 219-221, referencias que después han sido recogidas, en buena medida, por RAEPENBUSCH en "La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo", opus cit., 170-172), intervención del Consejo que, por otra parte, en buena medida, debilita el efecto directo del artículo 51 al dejar en sus manos la adopción de las medidas que estime pertinentes (en esta línea RAEPENBUSCH, S.V. "La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo", opus cit., págs. 173-174).

⁹ Libre circulación de trabajadores que es una libertad comunitaria "fundamental", señalan ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E., "Derecho del Trabajo", opus cit. pág. 663.

vías de adquisición"¹⁰.

Conocedores de la importancia del precepto que tenemos entre manos, aunque tratando de no hacer añicos la brevedad que debe guiar toda introducción, no podemos, no obstante, dejar de abrir un escueto paréntesis procedimental para dejar constancia de uno de los mayores escollos que se interponen en el camino de la elaboración de la normativa comunitaria en esta materia. En efecto, el artículo 51 señala, en su primer párrafo, que "el Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, adoptará, en materia de Seguridad Social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los

¹⁰ ~~TANTAROUDAS~~ "La protection juridique des travailleurs migrants de la CEE en matière de Sécurité Sociale et la jurisprudence de la Cour des Communautés", Economica, París 1976, pág. 152. También a este respecto se ha señalado que "íntimamente relacionada con la libertad de circulación de trabajadores se encuentra ... el subconjunto normativo que se conoce con el nombre de 'Seguridad Social de los trabajadores migrantes'. Buena prueba de ello se encuentra ya en la colocación sistemática de su norma básica en el Derecho originario, contenida en el artículo 51 del Tratado CEE, precepto que se incluye en el mismo capítulo de la libre circulación de trabajadores" (MARTIN VALVERDE, A. "La aplicación jurisdiccional del Derecho social de la Comunidad Europea", estudio preliminar de la obra "Política Social de la Comunidad Europea" (Tomo I, volumen 3), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1992, pág. 25). Libre circulación de trabajadores como finalidad del artículo 51, por último, sobre la que ha insistido "una y otra vez" el Tribunal de Justicia en sus resoluciones (SCHULTE, Bernd "Garantía de los derechos comunitarios de Seguridad Social: la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades", en la obra "La Seguridad social española y la adhesión a las comunidades europeas ...", opus cit, pág. 478).

trabajadores, creando, en especial, un sistema¹¹ que permita garantizar a los trabajadores migrantes y a sus derechohabientes" la aplicación de los mencionados principios de conservación de derechos en curso de adquisición y el de conservación derechos adquiridos¹².

¹¹ Dentro del paréntesis abierto, es oportuno dejar constancia de uno de los debates que se han abierto en la doctrina en relación con el precepto transcrito. En efecto, el texto de la norma exige al Consejo la adopción de las normas precisas para asegurar la libre circulación de trabajadores "creando, en especial, un sistema...". El empleo del termino "sistema" ha hecho dudar a la doctrina y a la jurisprudencia respecto a si el mandato contenido en el Tratado compelia al Consejo a la creación de un sistema de Seguridad social comunitario distinto a los sistemas nacionales de los Estados miembros o, por el contrario, la previsión quedaba colmada con la regulación de un conjunto de normas de coordinación de sistemas nacionales -valga el galimatías-. Como sabemos, esta última opción es la que comparte la mayoría de la doctrina y la que avala la jurisprudencia. Sin embargo, existe algún sector doctrinal que, tratando de buscar algún apoyo en los textos en el que sustentar una deseable labor de aproximación o armonización de legislaciones, considera que debe hacerse una interpretación, en consonancia con el espíritu del Tratado, que, partiendo de la exigencia del Tratado de la creación de un sistema -y entendiendo por sistema un conjunto de normas sustantivas- permitiera la elaboración de un conjunto de normas sustantivas que garanticen, en toda la Unión, una armonización de legislaciones, al menos, a un nivel mínimo, interpretación que sostiene OJEDA AVILES, A., "El sistema común europeo de Seguridad social", opus cit., págs. 18-22, en línea con las afirmaciones hechas por ROJAS CASTRO, M. en "Derecho Comunitario Social", opus cit., pág. 14, que entiende que el artículo 51 debe entenderse y aplicarse de una manera abierta, "Sistema Común Europeo -señala OJEDA- donde se engarzarían las normas coincidentes de los Estados miembros, buscando en una primera fase sencillamente lo que es común, con independencia de su mayor o menos importancia sustantiva ... para después pretender el engarce de la sistemático" (pág. 21).

¹² De acuerdo con el Tratado de Amsterdam, por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado en Amsterdam el 2 de octubre de 1997, (DOCE de 10.11.1997, nº C-340), y que entrará en vigor "el primer día del segundo mes siguiente al depósito

Requiere el precepto, por tanto, que las medidas a adoptar en esta materia se tomen por unanimidad del Consejo. A esta exigencia se le ha achacado, incluso, el constituir uno de los más importantes "obstáculos con los que se topa la intervención comunitaria en la aproximación

del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad" (art. 14), supuesto que aún no se ha producido, el artículo 51 del Tratado de la Comunidad Europea pasará a ser el artículo 42 con el siguiente contenido: "El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, adoptará, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes y a sus derechohabientes:

- a) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas.
- b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros.

El Consejo se pronunciará por unanimidad durante todo el procedimiento previsto en el artículo 251".

Desde el punto de vista de la Seguridad Social en general y, en particular desde el que tratamos en nuestro estudio, la nueva redacción del precepto no aporta ninguna novedad de carácter sustantivo: el principio de libre circulación de trabajadores seguirá siendo el objetivo perseguido por las normas de seguridad social, que fundamentalmente se apoyarán en la garantía de los principios de conservación de los derechos en curso de adquisición y de los derechos adquiridos. Sí se introduce una novedad relativa al procedimiento de adopción de disposiciones en esta materia cual es la intervención del Parlamento Europeo, intervención que se regula en el artículo 251 del Tratado, y que va a suponer, esquemáticamente expuesto, que el Consejo deberá seguir actuando por unanimidad pero que, para adoptar las medidas que estime oportunas, a los fines del precepto, deberá contar con el acuerdo del Parlamento, conformidad que se obtendrá a través del procedimiento señalado en el citado artículo 251. En todo caso, si no se llega a una posición de consenso no podrá adoptarse la medida pretendida.

de legislaciones aseguratorias"¹³. En todo caso, y al margen del entorpecimiento que tal requisito supone para adoptar normas armonizadoras, el que el Tratado recoja esta exigencia de unanimidad para adoptar medidas en materia de Seguridad social lo que deja traslucir es la resistencia de los Estados a permitir que la normativa comunitaria afecte a su sistema de Seguridad Social sin su previo consentimiento; dicho de otro modo, si algún Estado no admite la medida propuesta por la Comisión el Consejo no podrá adoptarla, con lo que, indirectamente, el Estado o Estados que "vetaron" no se verán, obviamente, ante la obligación de su cumplimiento.

El denominado Tratado de Amsterdam, en la modificación que introduce en este punto, -modificación de la que hemos dejado constancia en nota a este mismo apartado- prevé la intervención del Parlamento Europeo en el procedimiento de adopción de medidas en materia de Seguridad Social¹⁴. Sin duda, la entrada en juego del Parlamento en esta materia, institución que pretende representar de forma directa a los ciudadanos de la Unión, supondrá un contrapeso al poder de los Gobiernos sentados en el Consejo, lo que, posiblemente, podrá contribuir a romper la rigidez de los sistemas nacionales de Seguridad Social -desde el punto de vista de

¹³ OJEDA AVILES, A., "El sistema común europeo de Seguridad social", opus cit., pág. 45.

¹⁴ Un análisis y valoración de las modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam en RODRIGUEZ PIÑERO, M., "De Maastricht a Amsterdam: Derechos sociales y empleo", RL nº 4, 1998.

la Unión, actuales cotos vedados que tienen por cancerberos a los respectivos Gobiernos- en favor de los intereses de la ciudadanía de la Unión, consiguiendo con ello una verdadera potenciación de la libre circulación que, en el ámbito de la Seguridad Social, vaya más lejos que la mera aplicación de los tradicionales principios de la Seguridad Social internacional¹⁵.

* * * *

Enlazando directamente con la finalidad del artículo 51 del Tratado de la CE, las concretas normas de coordinación comunitaria establecidas en los Reglamentos se insertan, por tanto, en el llamado marco de la libre circulación de los trabajadores nacionales entre los Estados miembros, normas que, al tiempo, tienen por anhelo contribuir a mejorar el nivel de vida y las condiciones de empleo de los trabajadores migrantes, garantizándoles, por

¹⁵ Con una dosis de mayor escepticismo, se ha señalado que "... cabe esperar que el desarrollo de futuros programas sociales en el marco de los Estados del Bienestar nacionales, y la tendencia hacia una mayor uniformidad y armonía entre los distintos sistemas de Seguridad social nacional sea consecuencia de decisiones nacionales más que de las directivas de Bruselas y Estrasburgo", KUHLE, S., "La reconstrucción política de los Estados del Bienestar", en "Unión europea y Estado del Bienestar", Consejo Superior de investigaciones científicas. Madrid 1997.

una parte, la igualdad de trato bajo las distintas legislaciones nacionales y, por otra, tanto a los trabajadores como a sus derechohabientes, el disfrute de las distintas prestaciones de la Seguridad Social, cualquiera que sea el lugar donde trabajen o residan¹⁶.

El Reglamento se propone la consecución de esos objetivos, "de modo principal", mediante la utilización de la técnica de la totalización de todos los períodos válidos en las diversas legislaciones nacionales para el reconocimiento y conservación del derecho a las prestaciones y para el cálculo de las mismas¹⁷, medidas, ambas, que son el reflejo, desde el punto de vista técnico, del principio de conservación de derechos en curso de adquisición.

La citada opción reglamentaria de perseguir los objetivos generales, básicamente, a través de las técnicas de aplicación del principio de conservación de derechos en curso de adquisición, se evidencia, desde el punto de vista normativo, en los múltiples preceptos que obligan a totalizar los distintos períodos de seguro, residencia o empleo para adquirir, conservar o recuperar el derecho a las prestaciones. Prácticamente cada uno de los primeros artículos dedicados a la coordinación de cada una de las prestaciones recoge la obligación de totalizar, cuando ello

¹⁶ Vid. considerando número cinco del Rgto. 1408.

¹⁷ Vid el considerando sexto del Rgto. 1408.

sea necesario, los diferentes períodos de aseguramiento cumplidos por los trabajadores en los distintos Estados para el reconocimiento o mantenimiento de las prestaciones¹⁸.

Partiendo de una idealización de las diferentes reglas de totalización establecidas en el Rgto. 1408, podríamos elaborar una cláusula de totalización "tipo", que necesariamente recogería, como hemos señalado, la idea motor del clásico principio de conservación de derechos, esto es, la de la consideración conjunta de los diferentes períodos válidos que el interesado haya podido acreditar, en los distintos Estados, para causar derecho a prestaciones de Seguridad Social. El contenido de esta cláusula tipo nos permite realizar una reflexión evolutiva y afirmar que la formulación comunitaria tiene más perfiles que la primera cláusula de este tipo que, con ánimo de aplicación multilateral, se estableció en el artículo 2 del

¹⁸ Así, encontramos cláusulas de totalización de períodos en el artículo 18.1, para las prestaciones de enfermedad; en el artículo 38, para las prestaciones de invalidez tipo A; en el artículo 45, para las prestaciones de vejez, muerte y supervivencia (pensiones) y para las prestaciones de invalidez tipo B; en el artículo 64, para los subsidios de defunción; en el artículo 72, para las prestaciones familiares; y en el artículo 79.1, para las prestaciones por hijos a cargo de titulares de pensiones o de rentas y por huérfanos. En el artículo 67 se establece la cláusula de totalización de períodos para causar derecho a prestaciones de desempleo, aunque en este caso la previsión tiene algunas diferencias con relación a las otras que hemos señalado pues prevé la totalización, en primer lugar, sólo para los trabajadores por cuenta ajena y, en segundo lugar, establece reglas distintas dependiendo de que la exigencia del Estado competente para la concesión de las prestaciones sea de períodos de empleo o de seguro.

Convenio número 48 de la OIT¹⁹. Este precepto, en su punto primero, señalaba que "los períodos de seguro cumplidos por las personas, cualquiera que sea su nacionalidad, que hayan estado afiliadas a Instituciones de seguro de dos o más miembros serán calculados en total ..." para adquirir derecho a las prestaciones²⁰. El contenido de los actuales preceptos reglamentarios, en línea con las previsiones de los Reglamentos núms. 3 y 4, y con los más modernos convenios de la OIT²¹, perfecciona en buena medida la transcrita regulación originaria de esta regla, aunque, es cierto, conservando su esencia. En efecto, las modernas previsiones de totalización, en primer lugar, permiten la totalización no solo de períodos de seguro sino también de empleo y residencia, como veremos, empujados a ello por la evolución que los sistemas de protección han sufrido en determinados países a lo largo de los años, en segundo lugar, admiten la totalización no solo para la adquisición sino también para la conservación o la recuperación de derechos, y, por último, establecen la totalización "en la medida necesaria", para causar derechos a las prestaciones, y no "en todo caso".

¹⁹ Convenios de la OIT que constituyen, como ya vimos en capítulos anteriores, valiosos instrumentos para la interpretación de los derechos sociales, vid., sobre ellos, ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E., "Derecho del Trabajo", opus cit., págs. 642-657.

²⁰ Art. 3.1 del Convenio nº 48 de la OIT.

²¹ Véase, por ejemplo el Convenio nº 118, artículo 7, y el Convenio nº 157, artículos 6 a 8.

Llegados a este punto solo nos queda por señalar que nos vamos a enfrentar, en los epígrafes siguientes, a la técnica de la totalización y la consiguiente liquidación de prestaciones, básicamente, a través de las concretas cláusulas que regulan la misma en las prestaciones de invalidez tipo A y en las prestaciones de invalidez tipo B. No obstante, con el ánimo de crear el marco adecuado para su estudio y exposición, resulta preciso analizar las previsiones generales que rigen para todas las reglas de totalización cualquiera que sea la prestación a debate, tarea a la que, por su generalidad, dedicaremos el epígrafe primero de los que siguen.

1.- REGLAS GENERALES PARA LA APLICACION DE LA TECNICA DE TOTALIZACION EN LOS REGLAMENTOS 1408 Y 574.

En diversas ocasiones hemos señalado que las instituciones competentes para el reconocimiento y pago de las prestaciones de invalidez tendrán que recurrir a la totalización o suma de períodos de seguro, empleo o residencia, cumplidos por un trabajador en diversos Estados, cuando tal operación sea precisa para el reconocimiento de la prestación o cuando la cuantía de la

misma dependa de los períodos de seguro cubiertos por el trabajador²².

Cumpliendo lo anunciado, estudiaremos en los epígrafes siguientes las reglas específicas de totalización que establecen los Reglamentos para los dos tipos de invalidez y en éste las reglas generales que son básicas para la puesta en práctica de la apuntada técnica de totalización, reglas que hacen referencia, fundamentalmente, a la delimitación conceptual de los términos "períodos de seguro, períodos de empleo y períodos de residencia", a las reglas de totalización de períodos superpuestos y a la conversión de períodos cuando estos hayan sido contabilizados en unidades temporales diferentes en el Estado en el que se cumplieron y en el Estado que debe totalizarlos.

**1.1.- Períodos totalizables: períodos de seguro,
períodos de empleo y períodos de residencia.**

Para aplicar adecuadamente las reglas de totalización

²² Como han señalado LYON CAEN "Droit Social international et européen", 5ª edic., París 1980, pág. 297 y RODRIGUEZ PIÑERO, M. "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en la Comunidad Europea", opus cit., pág. 199.

hay que dejar claros, previamente, dos aspectos. En primer lugar, qué períodos se van a totalizar y, en segundo lugar, quién va a calificar tales períodos, esto es, si va a ser la institución bajo la que se cumplieron la que determinará si determinados períodos deben ser considerados como totalizables o, por el contrario, si tal delimitación debe hacerla la institución que totaliza.

Ambas cuestiones han recibido respuesta en los Reglamentos. Por un lado, los períodos a totalizar van a ser los períodos de seguro, empleo o residencia cumplidos por el solicitante en los distintos Estados miembros²³ y,

²³ Los Reglamentos comunitarios solo regulan la totalización de períodos cumplidos en los diferentes Estados miembros. No impiden, no obstante, que un Estado totalice, para la concesión de sus prestaciones, períodos cumplidos en Estados miembros con períodos cumplidos en terceros Estados, períodos que, generalmente, accederán a su legislación a través de convenios bilaterales suscritos por él con esos terceros Estados o bien por disposición expresa de su legislación interna. Sin embargo, ningún otro Estado miembro (EM) tiene obligación de totalizar esos períodos cumplidos en terceros Estados y asumidos -por cualquier vía- por un EM, con lo que, podríamos señalar, esos períodos no van a entrar en el circuito de totalización de períodos regulado por los Reglamentos. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia cuando se ha enfrentado con este asunto, por ejemplo, en su sentencia de 5 de julio de 1988, Borowitz -asunto 21/87, Rec. 1988, pág. 3715- donde, en un conflicto sostenido entre un trabajador que había prestado servicios en Alemania y Polonia -país con el que Alemania tenía suscrito un convenio bilateral de Seguridad Social- señaló que el Rgto. 1408 permite a una institución de seguro alemana tratar como cotizaciones alemanas no solo las cotizaciones obligatorias pagadas en otro EM sino también las cotizaciones habidas en un tercer Estado con el que la República Federal de Alemania haya firmado un convenio de cómputo recíproco de períodos de seguro. No obstante, continuó, los períodos cumplidos bajo la legislación de un tercer país no se convierten en períodos "cumplidos bajo la legislación de un EM" en el sentido del art. 46 del Rgto. 1408 por el mero hecho de haber sido tenidos en

por otro lado, la definición o calificación de tales períodos la debe hacer la institución bajo cuya legislación se hayan cubierto. Esto es, cuando una institución necesite acudir -para conceder, conservar o recuperar derechos a una prestación- a la totalización de períodos de seguro, empleo o residencia, sumará los períodos cumplidos en otros Estados siempre que hayan sido considerados cumplidos como tales por la legislación del Estado en el que se generaron, con independencia, por tanto, de que el Estado que los "recibe" los hubiera admitido como períodos de seguro, residencia o empleo en aplicación de su legislación.

En definitiva, y como condensación anticipada de este epígrafe, las instituciones competentes se verán obligadas a totalizar los períodos de seguro, empleo o residencia cumplidos en otros Estados, aún cuando en su Estado pudieran no tener una consideración semejante, siempre y cuando en aquellos en que se cumplieron tengan ese carácter o se consideren como equivalentes. Ahora bien, desde un punto de vista práctico, se totalizarán estos períodos cuando la institución competente del Estado en el que se cumplieron los certifique como tales dentro del "procedimiento comunitario" establecido por los Reglamentos

cuenta por la institución alemana en aplicación de un convenio bilateral firmado por la República Federal Alemana y, por consiguiente, ninguna disposición exige a las instituciones de otro EM que los tenga en cuenta a la hora de realizar cálculos con arreglo a las disposiciones del art. 46.

para la concesión de estas prestaciones²⁴, lo que en buena medida reduce las dificultades que, en principio, pudiera parecer que iban a plantearse, y, eso sí, se sumarán siempre que el interesado haya estado afiliado o vinculado a la legislación de seguridad social que aplica la institución que lleva a cabo la totalización, importante exigencia, esta última, que detallaremos al final de este apartado.

Acercándonos a la conclusión adelantada desde la concreta regulación normativa, hemos indicado ya que, según el Reglamento, los períodos a totalizar van a ser períodos de seguro, de empleo o de residencia²⁵. Desde esta perspectiva, el artículo 1 del Rgto. 1408, al intentar delimitar lo que debemos entender por cada uno de estos términos, reenvía para su calificación a la legislación bajo la cual se generaron. Así, por ejemplo, respecto de los períodos de seguro, señala el artículo 1, letra r), que "la expresión 'períodos de seguro', designa los períodos de cotización, empleo o de actividad por cuenta propia, tal como se definen o admiten como períodos de seguro por la legislación bajo la cual han sido cubiertos o se consideran

²⁴ El procedimiento comunitario a seguir para la concesión de estas prestaciones se estudia en el capítulo III.

²⁵ "El Reglamento 3 hablaba de período de seguro "asimilado". Tras la ampliación comunitaria, el Reglamento 1408, en su versión actual, habla de "períodos de seguro, de empleo, actividad o residencia", RODRIGUEZ PIÑERO, M. "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en la Comunidad Europea", opus cit. pág. 199.

como cubiertos, así como todos los períodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como equivalentes a los períodos de seguro". Similares remisiones se contienen al delimitar las expresiones períodos de empleo y períodos de residencia²⁶. Con ello, como afirmábamos al principio, los Reglamentos dejan que sea la legislación bajo la que se cumplieron los períodos a debate la que determine y califique la consideración de los mismos y, por tanto, cuando una institución necesite, para el reconocimiento de una prestación, acumular los períodos de aseguramiento cumplidos por el interesado, tomará todos aquellos que le sean certificados como tales por las distintas instituciones de los diferentes Estados miembros²⁷.

²⁶ "Las expresiones", señala la letra s) del mismo precepto, "'períodos de empleo' o 'períodos de actividad por cuenta propia' designan los períodos definidos o admitidos como tales por la legislación bajo la cual hayan sido cubiertos, así como todos los períodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como equivalentes a los períodos de empleo o a los períodos de actividad por cuenta propia."

Por su parte, señala la letra s bis), que la "expresión 'períodos de residencia' designa los períodos definidos o admitidos como tales por la legislación bajo la cual hayan sido cubiertos o sean considerados como cubiertos".

²⁷ Aunque no forma parte de nuestro estudio, debemos anotar que las reglas de totalización tienen determinadas particularidades en el supuesto de prestaciones de desempleo, sobre todo en relación a la regla que acabamos de exponer, señaladas en el artículo 67 del Rgto. 1408. Sobre la totalización en los supuestos de desempleo puede verse, con carácter general, TORTUERO PLAZA, J.L., "El desempleo. Especial consideración de las prestaciones del nivel asistencial", opus cit.; RODRIGUEZ PINERO, M., "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas", opus cit., págs. 202-205.

Esta es también la interpretación que reiteradamente ha mantenido el Tribunal de Justicia desde la primera vez en la que claramente tuvo ocasión de pronunciarse sobre el tema en su sentencia de 6 de junio de 1972, Murru²⁸, entonces en aplicación del Reglamento nº 3. En esta sentencia, dictada en un supuesto donde se solicitaba una prestación de invalidez, el Tribunal falló que "para determinar si, y en qué medida, un período de paro es asimilable a un período de trabajo con vistas a la determinación de los derechos de un trabajador migrante para la obtención de una pensión de invalidez, hay que referirse a la legislación bajo la cual fue cumplido ese período". La cuestión que se plantea el Tribunal es la misma que señalábamos al inicio, esto es, qué legislación debe calificar los períodos: aquella bajo la que se cumplen o aquella que los recibe.

El supuesto de hecho de la citada resolución puede resumirse señalando que el Sr. Murru trabajó alternativamente en Francia e Italia, Estado este último donde cesó en su actividad y pasó a una situación de

²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de junio de 1972, asunto 2/72, Murru, Recopilación 1972, págs. 333 y sigs. Aunque hemos dicho que esta es la primera vez que el Tribunal tuvo ocasión de enfrentarse claramente con el tema, ello no es obstáculo para que señalemos aquí que en dos resoluciones anteriores hizo referencia al asunto que nos ocupa, aunque de manera incidental, pero apuntando la misma solución que consolida en la citada sentencia Murru, estas resoluciones anteriores fueron la sentencia de 5.12.1967, asunto 14/67, Welchner, Rec. 1967, págs. 427 y ss., y la sentencia de 19.12.1968, asunto 19/68, de Cicco, Rec. 1968, págs. 689 y ss., ambas dictadas en aplicación del Reglamento nº 3.

desempleo no subsidiado con inscripción como demandante de empleo en la correspondiente oficina italiana. A esta situación de desempleo la legislación italiana no la consideraba como período de seguro o asimilado, a diferencia de lo que ocurría en Francia. Cuando el Sr. Murru solicitó una prestación de invalidez en Francia ésta se le denegó por no reunir el interesado "cuatrocientas ochenta horas de trabajo asalariado o asimilado a lo largo de los doce meses que precedieron a la declaración de invalidez"²⁹. La institución francesa entendió que el período de desempleo no subsidiado no podía ser considerado como período asimilado porque la legislación italiana solo consideraba asimilados los períodos de desempleo subsidiados, y ella no podía considerarlo de otro modo, como pretendía el solicitante, a pesar de que conforme a su legislación tales períodos no subsidiados sí se consideraban como asimilados.

El Tribunal, apoyando la actuación de la institución francesa, entendió que el artículo 1 r), del entonces Reglamento nº 3, "se remite para considerar un período como equivalente a las condiciones bajo las cuales la legislación del Estado donde se cumplieron supedita el reconocimiento del período como equivalente a los períodos de seguro propiamente dichos"³⁰. O lo que es lo mismo, la calificación de los períodos deberá hacerse por la

²⁹ Considerando número 3.

³⁰ Considerando número 11.

institución bajo cuya legislación se cumplieron.

Esta doctrina la ha mantenido el Tribunal, también, al aplicar el Rgto. 1408, que, por su parte, recoge la misma definición que la se contenía en el Reglamento nº 3. Así, por ejemplo, en la sentencia de 9 de julio de 1975, D'Amico³¹, se indica -aunque de manera incidental con relación al concreto asunto que resuelve- "que los períodos que deben asimilarse a períodos de trabajo a fines de la totalización pueden incluir, según el artículo 1, letra (r), del Reglamento nº 3 y según el artículo 1 letra (s) del Reglamento nº 1408/71, períodos de desempleo en la medida en que se les reconozca como equivalentes a los períodos de trabajo en la legislación en virtud de la cual han sido cumplidos"³²; o, en la más reciente sentencia de

³¹ Asunto 20/75, Recopilación 1975, págs. 891 y ss.

³² Considerando nº 10. El considerando completo de la sentencia recoge, en buena medida, el apoyo normativo y la justificación de las reglas de totalización que estamos viendo, señala, en concreto, que "considerando que dichos artículos [se refiere al art. 27.1 del Rgto. 3 y al art. 45.1 del Rgto. 1408], así como toda la reglamentación de la que forman parte, tienen como fundamento, como marco y como límites los artículos 48 a 51 del Tratado cuya finalidad es garantizar la libre circulación de los trabajadores; que de acuerdo con el artículo 51, los reglamentos de ejecución deben garantizar a los trabajadores migrantes la totalización, a fines de la adquisición del derecho a las prestaciones de todos los períodos tomados en cuenta por las diferentes legislaciones nacionales; que el objetivo de dicha disposición es el de permitir al trabajador migrante obtener la adquisición del derecho a las prestaciones por todos sus períodos de trabajo o asimilados que haya cumplido en los distintos Estados miembros sin discriminación con respecto a otros trabajadores; que los períodos que deben asimilarse a períodos de trabajo a fines de la totalización pueden incluir, según el artículo 1, letra (r), del Reglamento número 3 y según el artículo 1 letra (s) del Reglamento

7 de febrero de 1990, Vella³³, donde el Tribunal vuelve a reiterar que la letra r) del artículo 1 del Rgto. 1408 debe interpretarse en el sentido de que los períodos considerados como períodos de seguro han de ser definidos exclusivamente de acuerdo con los criterios establecidos en la legislación nacional bajo la cual dichos períodos fueron cubiertos, siempre y cuando, eso sí, la legislación nacional respete lo dispuesto en los artículos 48 a 51 del Tratado.

Determinación de períodos de seguro, empleo o residencia, por tanto, de conformidad con la legislación bajo la que se cubrieron³⁴, legislación que también habrá de determinar, anotemos por último, si esos períodos se cumplieron como trabajador por cuenta ajena o como

número 1408/71, períodos de desempleo en la medida en que se les reconozca como equivalentes a los períodos de trabajado en la legislación en virtud de la cual han sido cumplidos". Digamos, por último, que la sentencia D'Amico resuelve si un período de desempleo en un Estado puede ser tomado en consideración para considerar cumplida la exigencia establecida en la legislación de otro Estado de que el interesado debía encontrarse durante un cierto período de tiempo en paro con carácter previo a la obtención de una pensión de jubilación anticipada, cuestión que el Tribunal resolvió en sentido negativo realizando, además, interesantes afirmaciones respecto a la coordinación de las prestaciones de desempleo, pero que, en cualquier caso, no afectan a nuestro discurso.

³³ Asunto 324/88, Recopilación 1990, págs. 257 y ss.

³⁴ En este sentido señaló PANAYOTOPOULOS que la noción de "períodos de seguro en general se determinará ... en función de las legislaciones nacionales, siendo preciso, por tanto, recurrir a estas legislaciones para fijar los períodos sometidos a la regla de totalización", "La Sécurité Sociale des travailleurs migrants", Ginebra 1973, pág. 116.

trabajador por cuenta propia, cuando puedan aparecer dudas imposibles de solucionar en virtud de las disposiciones comunitarias, como vino a resolver el Tribunal en su sentencia de 19 de enero de 1978, Alicia Recq³⁵.

1.1.1. Requisito de "afiliación" como premisa previa para la totalización.

Cuestión diferente a la totalización de períodos, pero íntimamente unida a ella al ser un requisito previo para que la totalización entre en juego, es la de la necesidad o no de afiliación o vinculación a la legislación que totaliza. La afiliación como requisito para que surja el derecho a las prestaciones la hemos visto ya³⁶, ahora, por tanto, solo haremos una breve referencia desde la óptica de considerar a la afiliación como requisito previo para la totalización, precisando, así mismo, quién determina las condiciones que ha de reunir un trabajador para afiliarse a un concreto sistema.

Comenzando por la última cuestión apuntada, los

³⁵ Sentencia de 19 de enero de 1978, asunto 84/77, Alicia Recq.

³⁶ Véase a este respecto lo dicho en el punto 3.4.4 del Capítulo I.

requisitos que ha de reunir una determinada persona para considerarse vinculada a una determinada legislación, o, en otras palabras, afiliado a la misma, corresponde preverlos a la legislación nacional competente en cada caso³⁷. Esto es, cada legislación regulará las condiciones de afiliación a la misma. Tal y como ha venido entendiendo el Tribunal, la finalidad del Rgto. 1408 es, únicamente, asegurar la coordinación entre las legislaciones nacionales de seguridad social, "determinando cada una de ellas las condiciones de afiliación a los diversos regímenes de seguridad social, incluidas las condiciones en las que se pone fin a la obligación de afiliación"³⁸. Debe entenderse, por tanto, -ha señalado el Tribunal en la misma resolución-, "que el artículo 45 del Reglamento determina exclusivamente el efecto de los períodos de seguro cumplidos en virtud de diversas legislaciones nacionales, y no es regulador de las condiciones en las que nace o termina una obligación de afiliación"³⁹, premisas que le llevaron a resolver que el artículo 45.1 del Rgto. 1408 no es aplicable para determinar la existencia o inexistencia

³⁷ "Corresponde a la legislación de cada Estado Miembro determinar los requisitos del derecho o de la obligación de afiliación a un régimen de Seguridad Social, siempre que a este respecto no se efectúe discriminación entre los nacionales de un Estado y los de los demás Estados miembros", ha señalado el Tribunal de Justicia en su sentencia de 20 de septiembre de 1994, asunto 12/93, Drake, Rec. 1994, apartado 26, pág. 4357. En el mismo sentido, sentencia de 4 de octubre de 1991, asunto 349/97, Paraschi, Rec. 1991, pág. 4501, apartado 15.

³⁸ Sentencia de 12 de julio de 1979, asunto 266/78, B. Brunori, Recopilación 1979, págs. 2704 y ss.

³⁹ Considerando nº 5.

de una obligación de afiliación prevista por una legislación nacional, conclusión que cabría extender, en general, a todas las cláusulas de totalización establecidas en los Reglamentos.

Pero además de dejar las cuestiones de afiliación a las legislaciones nacionales, el Tribunal ha mantenido reiteradamente que la afiliación o vinculación a un determinado sistema es un requisito previo para la totalización de períodos; el Reglamento debe interpretarse en el sentido de que no impone a una institución de seguro social de un Estado miembro el cómputo de los períodos de seguro cubiertos bajo la legislación de otro Estado miembro cuando el trabajador interesado nunca ha pagado, en el primer Estado miembro, la cotización legalmente exigida para adquirir la condición de asegurado, en virtud de la legislación de este Estado miembro⁴⁰, lo que supone que para que entren en juego las cláusulas de totalización de los Reglamentos es preciso que el trabajador haya estado afiliado en algún momento a la legislación del Estado que se pretende que totalice, requisito que se exige incluso aunque sólo se intente la suscripción de un seguro voluntario pretendiendo cumplir los requisitos de afiliación previa requeridos para su conclusión con los períodos de seguro cubiertos en otros Estados.

⁴⁰ Vid sentencia de 27 de enero de 1981, asunto 70/80, Vigier, Recopilación 1981, págs. 229 y ss.

De acuerdo con esta línea jurisprudencial podemos puntualizar, además, utilizando las palabras del Tribunal⁴¹, que las reglas de totalización no resuelven "la cuestión previa de saber cuáles son las condiciones en las que un ciudadano de un Estado miembro puede o debe estar afiliado al régimen de Seguridad Social de otro Estado miembro en el que ejerce una actividad asalariada"; corresponde, por tanto, a la legislación de cada Estado miembro la determinación de las condiciones en que surge el derecho o la obligación de afiliarse a un Régimen de Seguridad Social o a determinada rama del mismo, siempre que, a tal efecto, no se produzcan discriminaciones entre los nacionales y los ciudadanos de otros Estados miembros, y sin que, por otro lado, "ninguna disposición del Reglamento prohíba a los Estados miembros reglamentar las consecuencias de una afiliación realizada erróneamente". De la misma manera tampoco prohíben los Reglamentos que se establezcan regímenes distintos de Seguridad Social con requisitos particulares referentes a la afiliación, en función de la naturaleza de los riesgos que hay que cubrir y de las prestaciones a conceder en cada caso⁴².

⁴¹ Sentencia de 24 de abril de 1980, asunto 110/79, Coonan.

⁴² Doctrina similar ha mantenido el Tribunal en su sentencia de 20.10.1993, asunto 297/92, Baglieri, Rec. 1993, págs. 5211 y ss., señalando que el apartado 2 del artículo 9 del Rgto. 1408 no impone a un Estado miembro la obligación de admitir la afiliación a sus regímenes de Seguridad Social de las personas que hayan estado obligatoriamente afiliadas en otro Estado miembro y que no reúnan los requisitos de afiliación a dichos regímenes establecidos en su legislación. Corresponde a la legislación de cada Estado miembro, ha señalado, la

En todo caso, la afiliación a un determinado sistema o a una concreta legislación es, como indica el Tribunal, una "cuestión previa" a la totalización sin cuyo cumplimiento esta última no entrará en juego. En realidad tal conclusión es una consecuencia lógica que surge del verdadero objetivo de los Reglamentos que no es otro que el de asegurar que el trabajador migrante que ejerció su derecho a la libre circulación no vea perjudicado sus derechos de Seguridad Social por el hecho de haber prestado sus servicios en distintos Estados. Lo que los Reglamentos van ha intentar es conservar los derechos que puedan derivarse de los períodos trabajados en los distintos Estados en los que se ejerció alguna actividad, derechos que no existirán, obviamente, en los Estados donde no se prestaron servicios y, por consiguiente, a los que no se estuvo afiliado.

1.2.- Períodos superpuestos.

Al acudir a la suma o adición de períodos de seguro, empleo o residencia válidos para la obtención de una

determinación de las condiciones bajo las que nacerá la obligación legal de afiliarse a un régimen de seguridad social o a determinada rama del mismo, siempre que, a tal efecto no se produzcan discriminaciones entre sus nacionales y los nacionales de otros Estados miembros.

prestación, es posible que, durante la carrera de seguro de un trabajador migrante, aparezcan períodos de aseguramiento en distintos Estados que coincidan o respondan a un mismo espacio temporal. A estos períodos, generados durante una misma época, es a los que se denomina períodos superpuestos y es a los que todas las normas internacionales de coordinación en materia de Seguridad Social, -que contengan cláusulas relativas a la totalización de períodos-, han prestado atención tratando de prohibir o limitar su acumulación y estableciendo reglas que permitan seleccionar, de entre los que coinciden, aquellos que van a prevalecer, para su totalización, sobre los demás.

Adelantándonos al desarrollo de este apartado, y con la intención de facilitar el tránsito por el contenido de las normas que analizaremos, debemos comenzar señalando que generalmente los períodos de aseguramiento que van a coincidir en el tiempo serán períodos obligatorios, derivados de una efectiva prestación de servicios en un determinado Estado, con períodos ficticios, reconocidos en determinadas ocasiones y bajo concretas circunstancias por la legislación de otro Estado a la que se estuvo sometido. En estos supuestos, como veremos, la norma selecciona, para su totalización, los períodos obligatorios sobre los voluntarios o ficticios. No obstante, como excepción o especialidad, también puede darse el caso de superposición de períodos que respondan a dos actividades distintas (como

el supuesto admitido por el Rgto. 1408 de realizar una actividad por cuenta ajena en un Estado y por cuenta propia en otro), supuestos estos en los que, por excepción, decimos, se permitirá la totalización de los períodos que se superpongan. En todo caso, la regla de prohibición de totalización de períodos superpuestos trata de "paliar los efectos que produciría la coincidencia de períodos"⁴³ contribuyendo a reducir los casos de acumulación injustificada de prestaciones; en último término, la regla pretende evitar que de un mismo período de tiempo se deriven varios períodos de seguro sirviendo, a su vez, para incrementar la cuantía de varias prestaciones.

Teniendo presentes las observaciones precedentes, debemos indicar que el artículo 15.1.a) del Rgto. 574, siguiendo en este punto la formulación clásica del principio de conservación de derechos en curso de adquisición, prevé que a los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de un Estado miembro, se sumarán los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, en la medida en que resulte necesario computarlos para completar los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación del primer Estado miembro,

⁴³ RAEPENBUSCH, S.V. "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo", opus cit., pág. 285. En términos semejantes se ha dicho que "a fin de evitar la acumulación injustificada de prestaciones, se prohíbe el cómputo de períodos que se superpongan", SEMPERE NAVARRO, A.V., "Principios generales de la seguridad social comunitaria", opus cit., pág. 42.

para adquirir, conservar o recuperar el derecho a las prestaciones, con la condición de que dichos períodos de seguro o de residencia no se superpongan. Esto es, se recoge en los Reglamentos la prohibición de totalizar períodos superpuestos, continuando con ello una larga tradición seguida por las normas internacionales en la materia que engarza con las primeras y ya clásicas previsiones del Convenio nº 48 de la OIT.

Esta prohibición se aplicará a la totalización de los períodos necesarios para el nacimiento o mantenimiento de los derechos tanto en prestaciones de invalidez tipo A⁴⁴, como cuando sea preciso totalizar para la liquidación de las prestaciones de invalidez tipo B al amparo de las reglas prescritas por el artículo 46.2 del Rgto. 1408; especificación, esta última, incluida expresamente en el segundo inciso del citado artículo 15.1.a) que extiende la prohibición de totalizar períodos superpuestos, en estos supuestos, a todas las instituciones que pudieran estar afectadas en un supuesto concreto⁴⁵, "sin perjuicio, en su

⁴⁴ El art. 15.1 del Rgto. 574 comienza señalando que las reglas que establece se aplicarán "en los casos previstos en el apartado 1 del artículo 18, en el artículo 38, en los apartados 1 a 3 del artículo 45, en el artículo 64 y en los apartados 1 y 2 del artículo 67 del Reglamento".

⁴⁵ La regla es aplicable a pesar de que la no muy acertada redacción del precepto pudiera inducir a otra solución. En efecto, en los supuestos en los que se aplican las reglas del artículo 46.2 del Rgto. 1408, señala el citado segundo inciso del art. 15.1.a) del Rgto. 574, que "... cada una de las instituciones afectadas practicará por separado esta totalización, computando el conjunto de los períodos de seguro o de residencia cubiertos por el

caso, de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 45 y en la letra a) del apartado 1 del artículo 47" del Rgto. 1408, apartados que veremos al hablar específicamente de las reglas de totalización en las prestaciones de invalidez y que en esencia se refieren a la totalización de períodos para causar prestaciones en regímenes especiales.

La regla general es, por tanto, la no totalización de períodos superpuestos, ahora bien, ¿ cuáles son las previsiones específicas para seleccionar los períodos totalizables de entre aquellos que se superpongan ?. Estas se contienen en el artículo 15.1 del Rgto. 574 que establece una serie de reglas encaminadas a precisar qué períodos se van a tener en cuenta para aplicar las cláusulas de totalización cuando en un caso concreto existan períodos superpuestos. Estas reglas de "precedencia"⁴⁶ parten de la idea esencial de dar prioridad, a la hora de totalizar, a los períodos que responden a cotizaciones derivadas de una actividad real sobre aquellos otros períodos de seguro ficticios con los que puedan coincidir, supuesto normal en el que entran en

trabajador ... bajo las legislaciones de todos los Estados miembros ...". Ese cómputo del "conjunto" de los períodos ha de entenderse con la excepción de los períodos superpuestos.

⁴⁶ RODRIGUEZ-PIÑERO, M. "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas", opus cit. pag. 217.

juego las reglas de prohibición de totalización de períodos⁴⁷, como hemos señalado.

En concreto, tres son las reglas que establece el Reglamento:

1ª. Cuando coincidan un período de seguro obligatorio, generalmente derivado del ejercicio de una determinada actividad, con un período de seguro voluntario, solo se totalizará el período de seguro obligatorio⁴⁸.

2ª. Los períodos de seguro o residencia que no tengan

⁴⁷ A este respecto se ha dicho que la superposición de períodos se plantea, sobre todo, "por la existencia en algunos sistemas nacionales de períodos ficticios, lo que puede dar lugar, en caso de migración, a que un mismo trabajador compute simultáneamente períodos efectivos de cotización realizados en un Estado, mientras que en otro Estado una disposición interna asimila ese mismo período por una ficción legal a un período de seguro", RODRIGUEZ-PINERO, M. "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas", opus cit. pág. 216. Puede verse también, sobre este aspecto concreto, NUÑO RUBIO, J.L. "Los Reglamentos comunitarios y las prestaciones por vejez y supervivencia de la Seguridad social española", en "La Seguridad social española y la adhesión a las comunidades europeas: problemas de armonización y coordinación", opus cit., pág. 341.

⁴⁸ Textualmente, señala el art. 15.1.b) del Rgto. 574 que "cuando algún período de seguro o de residencia, cubierto en el marco de un seguro obligatorio bajo la legislación de un Estado miembro, coincida con un período de seguro cubierto en el marco de un seguro voluntario o facultativo continuado bajo la legislación de otro Estado miembro, sólo se computará el período cubierto en el marco del seguro obligatorio".

el carácter de asimilados serán preferidos sobre los períodos de seguro o residencia que tengan tal carácter de asimilados⁴⁹.

- 3a. Cuando los períodos que coincidan tengan, todos ellos, el carácter de ficticios, estos períodos sólo serán computados por la institución a cuya legislación estuvo vinculado el interesado en último lugar, y si no estuvo vinculado a ninguna legislación con anterioridad los computará la institución a cuya legislación estuvo vinculado obligatoriamente en primer lugar con posterioridad a la época a la que correspondan los períodos ficticios⁵⁰.

Ahora bien, expuestas las reglas de precedencia, hay

⁴⁹ Textualmente, señala el art. 15.1.c) del Rgto. 574 que "cuando un período de seguro o de residencia distinto de un período asimilado, cubierto bajo la legislación de un Estado miembro, coincida con un período asimilado en virtud de la legislación de otro Estado miembro, sólo se computará el primero de dichos períodos".

⁵⁰ Textualmente, señala el art. 15.1.d) del Rgto. 574 que "los períodos asimilados en virtud de las legislaciones de dos o varios Estados miembros sólo serán computados por la institución del Estado miembro a cuya legislación haya estado sometido el asegurado obligatoriamente en último lugar antes del período de que se trate; en el caso de que el asegurado no hubiera estado obligatoriamente sometido a la legislación de ningún Estado miembro con anterioridad al período de que se trate, éste será computado por la institución del Estado miembro a cuya legislación haya estado sometido obligatoriamente el asegurado por primera vez después de dicho período".

que decir, con carácter general, que "cuando no se pueda determinar de modo preciso en qué época se han cubierto ciertos períodos de seguro o de residencia bajo la legislación de un Estado miembro, se dará por supuesto que esos períodos no se superponen a los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de otro Estado miembro, y se tendrán en cuenta en la medida en que sea útil computarlos"⁵¹. Regla que, por tanto, admite la totalización en estos casos de duda pero sin que se pueda olvidar que en ellos también pueden ser aplicables las reglas de no acumulación de prestaciones, pues como dijo el Tribunal de Justicia "el Estado -cuya legislación prevea períodos ficticios en favor del asegurado- debe tener la facultad de restar de ellos los períodos efectivamente cumplidos en otro Estado miembro sin que esta forma de actuar pueda considerarse contraria al artículo 51 del Tratado"⁵².

La regla de no totalizar períodos que se superpongan tiene su excepción, como dijimos. En efecto, señala el segundo párrafo del analizado artículo 15.1.a) que en los casos previstos en la letra b) del artículo 14 quater del Rgto. 1408 también se totalizarán los períodos que se

⁵¹ Art. 15.1.e) del Rgto. 574.

⁵² Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 1967, asunto 12/67, Guissart, Rec. 1967 pág. 551. Por la aplicación de las reglas anticúmulo en estos casos se pronuncia, también, RAEPENBUSCH, S.V. "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo", opus cit., pág. 289.

superpongan. El citado artículo 14 quater, precepto incluido en el Título II del Rgto. 1408, contiene las reglas sobre la determinación de la legislación aplicable "para las personas que ejerzan simultáneamente una actividad por cuenta ajena y una actividad por cuenta propia en el territorio de diferentes Estados miembros". Sin entrar en el análisis de estas normas, que excede los límites de este estudio, diremos que en estos supuestos, en los que de las diversas actividades -por cuenta propia y por cuenta ajena- se pueden derivar cotizaciones simultáneas y en los que, por tanto, pueden existir cotizaciones superpuestas en diferentes Estados amparadas por las previsiones reglamentarias, es en los que juega la excepción a la regla de no totalización de períodos superpuestos⁵³. En otras palabras, es consecuencia lógica de la admisión de una doble afiliación el permitir el cómputo de los períodos de seguro o de residencia superpuestos cubiertos en virtud de un seguro obligatorio bajo la legislación de los distintos Estados afectados⁵⁴.

Por último, para finalizar este apartado, es necesario hacer una importante precisión. Hemos señalado más arriba

⁵³ Son "períodos superpuestos de seguro o de residencia cubiertos en virtud de un seguro obligatorio por quien ejerce simultáneamente una actividad por cuenta ajena en un Estado y por cuenta propia en otro Estado", resume acertadamente SEMPERE NAVARRO, A.V., en "Principios generales de la Seguridad social comunitaria", opus cit., pág. 43.

⁵⁴ Sentido en el que también se pronuncia la Comisión en "Recopilación de disposiciones comunitarias sobre Seguridad social(1986)", opus cit., pág. 308.

que la prohibición de totalizar períodos que se superpongan tiene como finalidad principal evitar la acumulación injustificada de prestaciones. Pero fuera de estos supuestos la consideración de esos períodos no está prohibida, es más, deberá ser obligatoria. En palabras de la doctrina, "es preciso que las instituciones de los Estados Miembros tengan en cuenta los dos períodos de afiliación para fines idénticos y de forma idéntica"⁵⁵ para que se prohíba la totalización de los períodos superpuestos. Esto es, estará prohibida la totalización de períodos superpuestos cuando el mismo período pueda incidir en la cuantía de las prestaciones debidas en diferentes Estados, sin embargo, los Reglamentos no sirven de cobertura para que una prestación nacional, calculada exclusivamente en consideración a períodos cumplidos en el Estado deudor, sea reducida por entender que no deben tenerse en cuenta determinados períodos que se superponen con los cumplidos en otros Estados, Estados, estos últimos, en los que sí es precisa la totalización para la concesión de prestaciones⁵⁶.

⁵⁵ RAEPENBUSCH, S.V. "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en el Derecho Europeo", opus cit. pág. 286.

⁵⁶ Precisiones, estas, que sentó tempranamente el Tribunal de Justicia en sus interesantes sentencias de 5 de julio de 1967, asunto 2/67, Moor, Rec. 1967, págs. 255, y de 25 de noviembre de 1975, asunto 50/75, Massonet, Rec. 1976, págs. 1473 y ss.; o como expresamente señaló en su sentencia de 28 de mayo de 1974, asunto 191/73, Niemann, Rec. 1974, págs. 571 y ss., las disposiciones del hoy artículo 15 del Rgto. 574 "no afectan a casos ... en los que el derecho a pensión máxima existe sin recurso a períodos de seguro en otro Estado miembro".

1.3. Totalización de períodos en un plazo de tiempo determinado.

Es posible que algunos Estados exijan, para el reconocimiento de sus prestaciones, que el interesado haya cumplido sus períodos de seguro, empleo o residencia dentro de un período de tiempo determinado. Para estos casos el Reglamento recoge una regla específica de la que, no obstante su particularidad, queremos dejar referencia entre las reglas generales de totalización que estamos estudiando.

En efecto, prevé la norma comunitaria que "cuando, según la legislación de un Estado miembro, ciertos períodos de seguro o de residencia sólo sean computados si han sido cubiertos dentro de un plazo determinado, la institución que aplique esta legislación solo computará los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de otro Estado miembro, si han sido cubiertos dentro del plazo en cuestión"⁵⁷. Esto es, para completar los períodos de seguro o residencia exigidos por una legislación dentro de un plazo concreto sólo serán válidos los períodos de seguro o residencia cubiertos en otros Estados durante ese mismo

⁵⁷ Artículo 15.1, letra f), punto i), del Rgto. 574.

período de referencia.

Ahora bien, el Reglamento, no obstante admitir esa totalización durante un período determinado previsto por una concreta legislación nacional, impone a ésta la prórroga de dicho plazo en un lapso de tiempo igual a los períodos de seguro o de residencia total o parcialmente cubiertos, dentro del repetido plazo, bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, "siempre que se trate de períodos de seguro o de residencia que den únicamente lugar, según la legislación del segundo Estado miembro, a la suspensión del plazo dentro del cual han de ser cubiertos los períodos de seguro o de residencia"⁵⁸. Esto es, si los períodos de seguro o residencia cumplidos en el otro Estado tienen como efecto suspender la obligación de cubrir períodos de seguro, esta suspensión afectará a la legislación del Estado que totaliza obligándola a abrir un paréntesis en la carrera de seguro del trabajador, con lo que el período de referencia exigido por la legislación del Estado que totaliza se ampliará en un período de tiempo equivalente al de los que podemos llamar períodos de seguro suspensivos, del período de referencia, cumplidos en otros Estados.

⁵⁸ Sólo cumplirán esta función si únicamente dan lugar a la suspensión del plazo dentro del cual han de ser cubiertos los períodos de seguro, como ha subrayado reciente el Tribunal de Justicia en sentencia de 17 de septiembre de 1977, asunto 322/95, Iurlaro, Rec. 1997, punto 21, pág. 4905.

1.4.- Períodos cumplidos conforme a la legislación de un Estado miembro no incluida en el campo de aplicación del Reglamento.

Un trabajador ha podido desempeñar distintas actividades a lo largo de su vida laboral, ocupaciones encuadradas en diferentes regímenes de protección, algunos de los cuales pueden estar fuera de los regímenes de previsión incluidos en el campo de aplicación de los Reglamentos. Si esto sucede, los períodos de cotización cumplidos en regímenes ajenos a las normas comunitarias, en principio, quedarán fuera de la aplicación de sus previsiones de totalización y, por consiguiente, no podrán sumarse con los períodos de cotización cumplidos en los regímenes incluidos.

Tal solución, que funciona como principio general en este punto, tiene una excepción admitida por el Reglamento. En efecto, señala el artículo 15.2 del Rgto. 574 que "los períodos de seguro o de residencia que hayan sido cubiertos bajo la legislación de un Estado miembro no incluida en el campo de aplicación del Reglamento, pero que hayan de ser computados en virtud de otra legislación del mismo Estado miembro incluida en el Reglamento, serán considerados como períodos de seguro o de residencia computables a efectos

de la totalización". Esta regla, por tanto, permite que cuando los períodos cumplidos bajo la legislación de un Estado miembro que no esté incluida en el Reglamento puedan tenerse en cuenta, mediante reglas de cómputo recíproco internas⁵⁹, por otros regímenes nacionales incluidos en el campo de aplicación de los Reglamentos, tales períodos, en principio excluidos, entren en la bolsa de períodos totalizables para la aplicación de las reglas comunitarias.

Este problema, que en principio pudo tener una mayor trascendencia cuando los trabajadores autónomos estaban excluidos de los Reglamentos, se puede plantear hoy, fundamentalmente, en relación con los períodos cumplidos al amparo de los regímenes de funcionarios, regímenes excluidos del ámbito de aplicación de los Reglamentos. En estos supuestos, por tanto, cuando una norma nacional prevea el cómputo recíproco de cotizaciones, y cuando este

⁵⁹ Téngase en cuenta que aunque los mecanismos de cómputo recíproco y totalización suponen la suma o adición de períodos cumplidos en un régimen con el fin de contribuir a generar prestaciones en otros, sin embargo utilizamos ambos conceptos con ámbitos de significación diferentes. Hemos circunscrito el concepto "cómputo recíproco" para cuando nos refiramos a una legislación nacional desde su perspectiva interna, cómputo recíproco que estará sujeto, por tanto, a los requisitos que se establezcan en cada caso, y por cada legislación en concreto, para su entrada en juego. Por el contrario, utilizamos el concepto de "totalización" con un alcance y significación internacional -no debemos olvidar que la totalización es la técnica de aplicación del principio de conservación de derechos en curso de adquisición- y, por tanto, entrará en juego en los casos y de acuerdo con los requisitos establecidos en los Reglamentos comunitarios, -por lo que aquí nos interesa-.

cómputo efectivamente se lleve a cabo, (si no es así entonces no procede aplicar la norma ya que el texto del Reglamento expresamente señala: períodos "que hayan de ser computados"), esos períodos servirán, a su vez, para su totalización con los cubiertos en otros Estados, Estados, así mismo, que habrán de tenerlos en cuenta también para la misma operación. Sin embargo, si no existe tal norma interna que prevea ese cómputo o este no se practica efectivamente porque no sea preciso, esos mismos períodos no entraran en juego en la totalización de períodos comunitarios.

1.5.- Conversión de períodos.

Los períodos de seguro, empleo o residencia cumplidos por un trabajador en los diferentes Estados en los que prestó servicios pueden estar expresados en unidades de tiempo diferentes en cada uno de ellos, de acuerdo con las reglas que rigen en la legislación bajo la que se completaron. Esto es, en unos casos pueden identificarse en días, en otros en semanas, meses o años, unidades de tiempo que, además, pueden tener, desde el punto de vista de los períodos de aseguramiento que acreditan, una consideración o duración diferente en cada legislación. Las

normas de coordinación comunitarias, en línea con sus precedentes⁶⁰, son conscientes de que para poder practicar la suma o adición que la totalización requiere es necesario utilizar unidades temporales con idéntica significación y contenido, razón por la que será preciso convertirlos, cuando proceda, a las mismas unidades de tiempo utilizadas por el país que totaliza.

Las previsiones que se contienen en el artículo 15.3, del Rgto. 574 son fruto del deseo de establecer las reglas apropiadas para que tal operación de conversión se pueda llevar a cabo, reglas, por tanto, que se tendrán en cuenta cuando sea necesario acudir a la técnica de totalización para el reconocimiento de las prestaciones. El citado artículo distingue, en la estructuración de las reglas de conversión, tres supuestos dependiendo de la duración de la semana de trabajo, todos ellos aplicables a los trabajadores por cuenta ajena; a los trabajadores por cuenta propia les reconduce a la aplicación de las reglas contenidas en el primero de los supuestos previstos para

⁶⁰ Por ejemplo, la necesidad de aplicar reglas de conversión de períodos en estos casos es una idea presente desde antiguo en la doctrina, así F. NETTER, refiriéndose al principio de conservación de derechos en curso de adquisición señaló que "en la práctica, la aplicación de este principio exige a menudo la conclusión de acuerdos que fijen las modalidades necesarias para la su aplicación ... (modalidades que traten de) evitar que se computen dos veces los mismos períodos y que, por otra parte, deben fijar reglas que permitan computar, con arreglo a una legislación, períodos cuya duración ha sido comprobada según modalidades diferentes de las que disponga esta legislación", en "La Seguridad social en los trabajadores migrantes", Rev. Iberoamericana de SS, número 6, noviembre-diciembre 1963, pág. 1557.

los trabajadores por cuenta ajena.

Precisado el valor y la utilidad de las citadas cláusulas de conversión de períodos, y teniendo en cuenta el minucioso detalle al que descende la norma, sólo resulta procedente su exposición a través del concreto reflejo de las reglas establecidas al efecto, por tanto:

- a) si se trata de un trabajador por cuenta ajena que ha estado sometido al régimen de la semana de seis días o de un trabajador por cuenta propia:
 - i) un día equivaldrá a ocho horas, y a la inversa,
 - ii) seis días equivaldrán a una semana, y a la inversa,
 - iii) veintiséis días equivaldrán a un mes, y a la inversa,
 - iv) tres meses, o trece semanas, o setenta y ocho días, equivaldrán o un trimestre, y a la inversa,
 - v) para convertir las semanas en meses, y a la inversa, se convertirán las semanas y los meses en días,

vi) la aplicación de las normas precedentes no podrá dar lugar en ningún caso a que se compute, por el conjunto de los períodos de seguro cubiertos en el transcurso de un año civil, un total de más de trescientos doce días, o de cincuenta y dos semanas, o de doce meses, o de cuatro trimestres.

b) si se trata de un trabajador por cuenta ajena que ha estado sometido al régimen de la semana de cinco días:

i) un día equivaldrá a nueve horas, y a la inversa,

ii) cinco días equivaldrán a una semana, y a la inversa,

iii) veintidós días equivaldrán a un mes, y a la inversa,

iv) tres meses, o trece semanas, o sesenta y seis días equivaldrán a un trimestre y a la inversa,

v) para convertir las semanas en meses, y a la inversa, se convertirán las semanas y los

meses en días,

vi) la aplicación de las normas precedentes no podrá dar lugar en ningún caso a que se compute, por el conjunto de los períodos de seguro cubierto en el transcurso de un año-civil, un total de más de doscientos sesenta y cuatro días, o de cincuenta y dos semanas, o de doce meses, o de cuatro trimestres.

c)⁶¹ si se trata de un trabajador por cuenta ajena que ha estado sometido al régimen de la semana de siete días:

i) un día equivaldrá a seis horas, y a la inversa,

ii) siete días equivaldrán a una semana, y a la inversa,

iii) treinta días equivaldrán a un mes, y a la inversa,

⁶¹ Esta letra fue añadida por el Anexo I, Parte VIII, del Acto de Adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a las Comunidades Europeas; quizás con ella se pretendió evitar las dudas que pudieran surgir sobre si a estos supuestos era aplicable nuestra doctrina de los "días cuota", problema que ya sugirió que podía plantearse NUÑO RUBIO, J.L., en "Los Reglamentos comunitarios y las prestaciones de vejez y supervivencia en la Seguridad social española", en la obra colectiva "La Seguridad social española y la adhesión a las Comunidades Europeas", opus cit., pág. 342.

- iv) tres meses, o trece semanas, o noventa días equivaldrán a un trimestre, y a la inversa,
- v) para convertir la semanas en meses, y a la inversa, se convertirán las semanas y los meses en días,
- vi) la aplicación de las normas precedentes no podrá dar lugar, en ningún caso, a que se compute, por el conjunto de los períodos de seguro cubiertos en el transcurso de un año civil, un total de más de trescientos sesenta días, o de cincuenta y dos semanas, o de doce meses, o de cuatro trimestres.

Cuando los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación de un Estado miembro se expresen en meses, los días que correspondan a una fracción de mes, conforme a las normas de conversión enunciadas en el presente apartado, se considerarán como un mes entero.

En definitiva, reiteramos, estas reglas van a servir para que el país que totaliza convierta los períodos cumplidos por el trabajador en otro Estado en períodos equivalentes a los que utiliza su legislación⁶²,

⁶² Períodos equivalentes que, además, habrán de ser tratados como trataría los suyos, razón que llevó al Tribunal a fallar en el asunto 33/75 que "cuando un período

posibilitando con ello la suma o adición de períodos, operación que, como es sabido, solo puede llevarse a cabo entre unidades con una misma significación o equivalentes.

2.- REGLAS DE TOTALIZACION EN LA INVALIDEZ TIPO "A".

Expuestas en el anterior epígrafe las reglas de totalización aplicables con carácter general, y, por tanto, también en los supuestos a los que nos vamos a referir, analizaremos ahora las reglas específicas de totalización previstas en los Reglamentos para las llamadas prestaciones de invalidez de tipo "A", esto es, a aquellas cuya cuantía es independiente de los períodos de seguro que haya podido acreditar el beneficiario a lo largo de su vida, y en las que, quizás por ello, podría parecer, en principio, que no son necesarias reglas de totalización. No obstante esa primera impresión, a veces puede ser necesario acudir a esta suma de períodos por cuanto, para la concesión de

de seguro inferior a un mes cumplido en Alemania debe ser considerado como un mes completo según la legislación de este país, un período de seguro cumplido según la legislación de otro Estado miembro, y que da lugar, después de la conversión en meses a fin de su totalización, a decimales, debe ser igualmente redondeado a la unidad superior, a fin de evitar que la migración haga perder a los trabajadores asalariados los derechos que han adquirido en su país de origen", (sentencia de 30 de octubre de 1975, asunto 33/75, Galati, Rec. 1975, págs. 1323 y ss.).

estas prestaciones, se suelen exigir, como sabemos, períodos previos de carencia⁶³. Esto es, en los casos en los que se requiere haber cotizado durante un determinado período de tiempo con anterioridad al hecho causante de la prestación, el derecho a la misma sólo surgirá cuando se haya completado dicho período de seguro, razón por la que puede ser preciso adicionar a los períodos nacionales los cubiertos en otros Estados, aplicando para ello, también en estos casos, la que ya conocemos como técnica de totalización.

Las reglas de totalización para las prestaciones de invalidez tipo A están previstas y reguladas en el artículo 38 del Rgto. 1408. En línea con el artículo 45⁶⁴, aplicable a las invalideces tipo B, como veremos, el artículo 38 establece una regla de totalización aplicable con carácter general y dos reglas específicas, que entrarán en juego cuando existan regímenes especiales que encuadren, en las distintas legislaciones nacionales, a trabajadores por cuenta ajena o a trabajadores por cuenta propia; a uno y a otros supuestos nos vamos a referir en los apartados que siguen⁶⁵.

⁶³ Véase lo dicho al respecto en el Capítulo I, epígrafe 3.3.3.1.

⁶⁴ El artículo 45 del Rgto. 1408, como sabemos, es el aplicable para la totalización de períodos en los supuestos de prestaciones de invalidez de tipo B o de tipo A en relación con tipo B.

⁶⁵ Ver lo que se dice en el punto 5.1 de este Capítulo, la totalización en las prestaciones de invalidez tipo B, regla general, respecto a las Decisiones de la

2.1. Regla general: crítica a la construcción reglamentaria.

Con la indudable vocación de que las reglas de totalización sean aplicables a las prestaciones de invalidez tipo A, exige el Reglamento que toda legislación de un Estado miembro que subordine la adquisición, la conservación o la recuperación del derecho a las prestaciones al cumplimiento de períodos de seguro o de residencia, computará, en la medida necesaria, los períodos de seguro o de residencia cumplidos con arreglo a la legislación de cualquier otro Estado miembro, y ello tanto si esos períodos han sido cumplidos en un régimen general como si lo ha sido en uno especial, aplicable a trabajadores por cuenta ajena o a trabajadores por cuenta propia⁶⁶.

De acuerdo con la regla expuesta la institución competente totalizará, para el reconocimiento de sus prestaciones, los períodos cumplidos en los distintos

Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes y su posible aplicación para interpretar lo dispuesto en el artículo 38.

⁶⁶ Regla general de totalización de períodos prevista en el artículo 38.1 del Rgto. 1408.

Estados, tanto si lo han sido en un régimen general como si lo fueron en un régimen especial. Esta previsión supone que se totalizarán los períodos en todo caso, sin que, por tanto, se puedan rechazar por el hecho de haber sido cubiertos en un régimen de naturaleza distinta al que los va a totalizar y, por consiguiente, también con independencia de que en la legislación del Estado que totaliza puedan existir normas internas de cómputo recíproco entre sus regímenes de seguridad social⁶⁷; totalización entre régimen general y especiales, o viceversa, que podrá verse afectada, no obstante, por las peculiaridades que el artículo 38 prevé en sus números 2 y 3 y que veremos en los apartados siguientes. En definitiva, reiteramos, con carácter general, deberán adicionarse a los períodos nacionales los períodos cumplidos en otros Estados cuando ello sea necesario para el nacimiento de la prestación, independientemente del Régimen en el que fueron cumplidos los períodos que se importan, siendo, por otro lado, la legislación nacional la que determinará, aplicando sus normas, el régimen nacional que totaliza⁶⁸.

Hechas las anteriores matizaciones, la puntualización

⁶⁷ Ver lo dicho sobre el artículo 15.2 del Reglamento 574/72 en el epígrafe 1.4 de este capítulo.

⁶⁸ Esto es, por ejemplo, si en España el beneficiario sólo ha estado afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, las cotizaciones de otros Estados se totalizarán para causar prestaciones en el régimen especial de autónomos.

que contiene la regla general referente a que los períodos se totalizaran "en la medida necesaria" requiere un comentario de más hondo calado. El Reglamento exige la totalización de períodos para el reconocimiento de las prestaciones cuando esta totalización sea precisa, pero la exige "en la medida necesaria", limitación ésta, no contenida en el Reglamento nº 3, que requiere, cuando menos, una interpretación crítica.

A diferencia de la totalización en las pensiones que hacen depender su cuantía de los períodos previos de seguro cumplidos por el interesado, esto es, de las pensiones de invalidez tipo B, donde la referida puntualización plantea la cuestión de hasta qué límite de años se totaliza, ya que cuanto mayor sea el numero de años que se tomen de otros Estados menor será la pensión a prorrata que la institución que totaliza abonará al interesado⁶⁹, a diferencia de en esos supuestos, decimos, aquí la expresión "en la medida necesaria" debería entenderse en el sentido de que sólo se totaliza cuando esta operación sea precisa para el nacimiento de las prestaciones. O lo que es lo mismo, si las prestaciones de invalidez tipo A no hacen depender su cuantía de los períodos de seguro cubiertos por el interesado, la totalización "en la medida necesaria" solamente implicará que cuando para el nacimiento de la prestación no "sea necesaria" la totalización no se

⁶⁹ Ver lo que se dice a este respecto en las reglas de totalización de las invalideces tipo B.

aplicará la regla expuesta. Con esta interpretación podríamos considerar, por tanto, que cuando el trabajador cumpla en el Estado competente los períodos de seguro mínimos para tener derecho a las prestaciones que otorga ese Estado no sería precisa la totalización de períodos prevista en el Reglamento y, como corolario final, no sería necesaria la aplicación de los Reglamentos comunitarios⁷⁰.

Desarrollando la argumentación anterior podríamos concluir que, si no se aplican los Reglamentos, se podría tener derecho a varias prestaciones de invalidez en diferentes Estados miembros aunque los Estados en cuestión fueran de los encuadrados en el grupo de invalidez del tipo A y ello, por supuesto, siempre que bajo cada legislación implicada cumpla el interesado todos los requisitos para tener derecho a las prestaciones sin necesidad de acudir a la totalización de períodos⁷¹. Esta interpretación

⁷⁰ En apoyo de esta interpretación cabría traer a colación, también, toda la doctrina del Tribunal de Justicia, no aplicada hasta ahora a la distinta coordinación de las prestaciones de invalidez desde esta perspectiva, de que ningún trabajador puede ver perjudicados sus derechos de seguridad social, generados en aplicación de la legislación de un único Estado, por el hecho de la aplicación de los Reglamentos comunitarios, doctrina sustentada en numerosas resoluciones siendo una de sus máximos exponentes la sentencia de 21 de octubre de 1975, asunto 24/75, Petroni, doctrina seguida, entre otras, en sentencia de 3 de febrero de 1977, asunto 62/76, Strehl, y en sentencia de 13 de octubre de 1977, asunto 112/76, Manzoni.

⁷¹ Véanse sobre esta materia RODRIGUEZ PIÑERO, M. "La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en las comunidades europeas", Madrid 1982, pp 193 y ss; WATSON, P. "Social Security Law of the European

salvaría una de las críticas que se hacen a las normas de coordinación de las prestaciones de invalidez tipo A, cuando se afirma que estas reglas de coordinación suponen o pueden suponer una merma de derechos para los trabajadores a los que se les aplican en relación con los trabajadores a los que se les aplican las normas de coordinación de las invalideces tipo B, con cuyo juego, como sabemos, el trabajador puede percibir dos prestaciones de invalidez aunque sean prorrateadas⁷². Evidentemente, las reglas de coordinación propias de las prestaciones de invalidez tipo A, aún manteniendo la interpretación propuesta, seguirían aplicándose en aquellos casos en que el trabajador no reuniera, en todos los Estados afectados, los períodos de carencia necesarios para el surgimiento de las prestaciones, por lo que en estos supuestos seguirían manteniendo su sentido los planteamientos críticos que se sostienen frente a ellas.

Ahora bien, la solución que ofrece el Reglamento es distinta a la que hemos apuntado al intentar dar sentido a la regla de totalización del artículo 38.1. En efecto, el artículo 39.1 del Rgto. 1408, como sabemos, carga a la institución del Estado miembro cuya legislación era aplicable en el momento de sobrevenir la invalidez con el pago exclusivo de la misma. Esto es, con carácter general,

Communities", (traducción del INSS), Madrid 1983, pp 343 y ss.

⁷² Véase lo que dijimos a este respecto en los puntos 3.1 y 3.5 del capítulo I.

será la última institución a la que estuvo vinculado el trabajador la que resulte competente para el reconocimiento y pago de la prestación de invalidez, prestación de invalidez que será única para el trabajador. Evidentemente ello puede suponer, a nuestro juicio, como expusimos en su momento, un menoscabo de derechos en relación a las prestaciones concedidas cuando las legislaciones en conflicto son del tipo "B" o son del tipo "A" en relación con legislaciones "B", supuestos en los que el beneficiario puede tener derecho a dos o más prestaciones, aunque sean prorrateadas⁷³. Merma de derechos que podría salvarse, entendemos, aún sin modificaciones normativas, con la interpretación propuesta, en aquellos casos en los que el trabajador reuniera en los distintos Estados tipo A implicados todos los requisitos para tener derecho a las prestaciones.

2.2.- Regla de totalización para regímenes especiales aplicables a trabajadores por cuenta ajena.

Señalábamos al comenzar este epígrafe que el Reglamento estructura las reglas de totalización referidas a la invalidez tipo A en una regla general y en dos específicas aplicables, por un lado, a determinados regímenes

⁷³ Véase, en general, lo dicho en el capítulo I y, en particular, los epígrafes 3.1 y 3.5.

especiales de trabajadores por cuenta ajena y, por otro, a algunos regímenes especiales de trabajadores por cuenta propia. La regla general es la que hemos analizado en el apartado anterior; la cláusula aplicable a los regímenes especiales de trabajadores por cuenta ajena será la que nos ocupe en este apartado.

Centrados en la exposición de esa regla específica, diremos que el Reglamento quiere que cuando la legislación de un Estado miembro exija, para la concesión de ciertas prestaciones, que los períodos de seguro acreditados por el interesado hayan sido cumplidos exclusivamente en una profesión sujeta a un régimen especial aplicable a trabajadores por cuenta ajena o, en su caso, en un empleo determinado, los períodos cumplidos bajo las legislaciones de otros Estados miembros sólo serán computables para la concesión de tales prestaciones, si fueron cumplidos en un régimen de igual naturaleza o, en su defecto, en la misma profesión, o en su caso, en el mismo empleo⁷⁴. Esto es, el Reglamento establece, para estos casos, lo que podríamos llamar una totalización selectiva de períodos de seguro, permitiendo escoger, de entre los diferentes que haya podido cumplir el trabajador, aquellos que lo fueron en las actividades que interesan a la legislación que totaliza.

Normalmente estos regímenes especiales, a los que con carácter genérico hace referencia la regla, suelen conceder

⁷⁴ Ver artículo 38.2 del Rgto. 1408.

prestaciones más beneficiosas para las actividades o profesiones que encuadran, permitiendo la norma comunitaria que esas prestaciones o derechos puedan generarse, desde el punto de vista que interesa a la entidad que totaliza, sólo cuando el trabajador haya mantenido una vida laboral continuada en una determinada profesión y, desde el punto de vista del trabajador, la norma asegura que sus expectativas de derechos, existentes en un determinado régimen de un concreto Estado, no se pierdan por el hecho de haber realizado idénticas o similares actividades en diferentes Estados⁷⁵.

Ahora bien, si efectuada la referida totalización selectiva, los períodos extranjeros que se tuvieron en cuenta no han sido suficientes para contribuir a generar las prestaciones nacionales concedidas por el régimen

⁷⁵ En este punto, haciendo una breve reflexión desde la legislación española, podemos señalar, como es conocido, que en ella está establecido el cómputo recíproco de cotizaciones entre todos los regímenes de Seguridad social sirviendo, en principio y salvo que se superpongan, todas las cotizaciones de los diferentes regímenes para causar derecho a las prestaciones del régimen que totaliza. En este entramado, la regla comunitaria puede tener trascendencia para determinar el régimen que va a resolver en un caso concreto, pues, siendo la regla general que ha de resolver el régimen donde se acrediten mayor número de cotizaciones, habrá que entender como cotizaciones hechas a ese régimen las efectuadas en otro Estado a un régimen equivalente o en una profesión que en nuestro Estado estuviera comprendida en ese régimen, lo que podría servir, por ejemplo, para que resolviera el régimen especial de la Minería del Carbón, aplicándose sus reglas para la concesión de prestaciones de invalidez con la posibilidad posterior, por ejemplo, de aplicar la conversión en pensiones de jubilación, posibilidad solo establecida en este régimen especial.

especial en que se totalizaron, la voluntad del Reglamento es que estos períodos no se pierdan y, ni tan siquiera, que queden en dique seco. Para evitar esa posibilidad, cuando los períodos foráneos cumplidos en una determinada profesión o en un determinado régimen, después de totalizar los nacionales y los de otros Estados, no sean suficientes para generar derechos en ese régimen, el Reglamento obliga a computarlos para la concesión de las prestaciones del régimen, general o especial, que corresponda en aplicación de las normas nacionales competentes, siempre que, eso sí, el interesado haya estado vinculado a alguno de ellos⁷⁶, poniendo de manifiesto, con ello, la clara decisión de que los períodos cumplidos en los distintos Estados sirvan para ayudar al nacimiento o mantenimiento de los derechos de Seguridad Social en los diferentes Estados de la Unión en los que prestó servicios o ejerció su actividad un determinado trabajador.

2.3. Regla especial de totalización aplicable a los trabajadores por cuenta propia.

Una regla similar a la expuesta en el apartado anterior, pero ahora para los trabajadores por cuenta propia, es la que se contiene en el número 3 del mismo artículo 38. Decimos similar y no idéntica porque en estos

⁷⁶ Ver artículo 38.2, segundo párrafo, del Rgto. 1408.

casos el Rgto. 1408, a diferencia de lo que establecía en el supuesto que antecede, intenta que los Estados identifiquen los regímenes especiales afectados por ella. La idea básica es la misma, esto es, se permite que cuando la legislación de un Estado miembro subordine la concesión de determinadas prestaciones al requisito de que los períodos de seguro que ostente el trabajador hayan sido cumplidos, en este caso, exclusivamente en una profesión incluida en algún régimen especial aplicable a trabajadores por cuenta propia, los períodos cumplidos en las legislaciones de otros Estados miembros sólo serán computables para la concesión de tales prestaciones en el supuesto de que lo hayan sido al amparo de un régimen de igual naturaleza o, en su defecto, en la misma profesión. Ahora bien, siendo la idea esencial la misma, a diferencia de la regla aplicable a los trabajadores por cuenta ajena, el Reglamento quiere que en el Anexo IV los distintos Estados indiquen los regímenes aplicables a los trabajadores por cuenta propia a los que afecta este apartado⁷⁷.

⁷⁷ El anexo IV, apartado B), del Reglamento 1408/71, textualmente señala: "Regímenes especiales para los trabajadores por cuenta propia con arreglo al apartado 3 del artículo 38 y al apartado 3 del artículo 45 del Reglamento.

A) BÉLGICA. Ninguno.

B) DINAMARCA. Ninguno.

C) ALEMANIA. Seguro de vejez de los agricultores (Altershilfe für Landwirte).

D) ESPAÑA. Régimen de reducción de la edad de jubilación de los trabajadores del mar por cuenta propia que ejerzan las actividades descritas en el Real Decreto nº 2309 de 23 de julio de 1970.

E) FRANCIA. Ninguno.

F) GRECIA. Ninguno.

En todo caso, a tenor de la redacción del precepto, la enumeración que se contiene en el citado Anexo no debe considerarse como cerrada, el Reglamento sólo indica que se recojan en él los regímenes a los que se refiere el precepto, no establece que la regla afectará únicamente a los regímenes incluidos en el mismo. Inclusión no constitutiva, por tanto, a diferencia, por ejemplo, de la inclusión de la legislación de cada Estado en el apartado A) del mismo Anexo con el fin de aplicar las reglas que regulan las prestaciones de invalidez de tipo A o de tipo

G) IRLANDA. Ninguno.

H) ITALIA. Regímenes del seguro de pensión para (Assicurazione pensioni per): médicos (medici), farmacéuticos (farmacisti), veterinarios (veterinari), matronas (ostetriche), ingenieros y arquitectos (ingegneri ed architetti), topógrafos (geometri), abogados y procuradores (avvocati e procuratori), diplomados en ciencias económicas (dottori commercialisti), censores de cuentas y peritos mercantiles (ragionieri e periti commerciali), asesores laborales (consulenti del lavoro), notarios (notari), agentes de aduana (spédizionieri doganali).

I) LUXEMBURGO. Ninguno.

J) PASEAS BAJOS. Ninguno.

K) AUSTRIA. Ninguno.

L) PORTUGAL. Ninguno.

M) FINLANDIA. Ninguno.

N) SUECIA. Ninguno.

O) REINO UNIDO. Ninguno."

Para España, por tanto, parece desprenderse que las previsiones de los artículos 38.3 y 45.3 serán aplicables al "régimen de reducción de la edad de jubilación de los trabajadores del mar por cuenta propia que ejerzan las actividades descritas en el Real Decreto nº 2309 de 23 de julio de 1970". No obstante, como es obvio, la referencia del Anexo sólo es aplicable para lo dispuesto en el artículo 45.3, incardinado en el capítulo relativo a las prestaciones de vejez, y no para lo dispuesto en el artículo 38.3, a pesar de lo que señala el título del apartado B) del Anexo IV, transcrito, por cuanto lo previsto en el citado Decreto 2309/1970 solamente es aplicable a las prestaciones de jubilación y no a las de invalidez.

B.

Por otro lado, también con idéntica intención que la vista en el apartado anterior, el Reglamento no quiere que los períodos totalizados a través de esta regla específica se pierdan si no han servido a los efectos previstos. Por ello, si una vez practicada la totalización selectiva indicada en el precepto no se han obtenido las prestaciones del régimen especial que la llevó a cabo, los períodos extranjeros afectados serán computados para la concesión de las prestaciones del régimen general o especial que corresponda, con la condición de que el interesado haya estado afiliado a los mismos⁷⁸. Con ello se establece una regla de cómputo recíproco al más puro estilo de las reglas nacionales. En efecto, la previsión reglamentaria supone que cuando los períodos cumplidos como trabajador por cuenta propia, en un Estado miembro distinto del que totaliza, no sirvan para generar prestaciones en un régimen aplicable a los trabajadores por cuenta propia de ese Estado, esos períodos habrán de ser computados por cualquier otro régimen existente en ese Estado, de acuerdo con sus reglas, y siempre, por supuesto, que el interesado hubiera estado vinculado a ellos.

⁷⁸ Ver artículo 38.3, segundo párrafo, del Rgto. 1408.

3.- REGLAS DE TOTALIZACION DE LA INVALIDEZ TIPO B.

La totalización de períodos de seguro va a cumplir una finalidad más compleja en la coordinación de las prestaciones de invalidez tipo B que la que tenía en las prestaciones de invalidez tipo A. A diferencia de lo que acabamos de ver en relación con estas últimas, donde la totalización sirve para completar los períodos de carencia que puedan exigirse para el nacimiento de las prestaciones, en el caso de las prestaciones de invalidez tipo B la totalización de períodos va a permitir, por un lado, completar esos períodos de carencia cuando este requisito sea necesario para el nacimiento de las mismas, -por ejemplo, cuando se coordinen prestaciones tipo A y tipo B, y se exijan períodos de carencia en la primeras-, y, por otro, contribuye de manera decisiva a determinar la cuantía de la prestación, aspecto básico en estos supuestos en los que, como sabemos, la mencionada cuantía está en función de los períodos de seguro acreditados por el beneficiario a lo largo de su vida laboral.

Desde el punto de vista normativo, el precepto que contiene las normas de totalización aplicables en estos supuestos es el artículo 45 del Rgto. 1408⁷⁹. La exposición subsiguiente, por ello, tomará como punto de referencia para su desarrollo las reglas que en él se

⁷⁹ Respecto de la aplicación de este precepto a estos supuestos, véase lo dicho en el punto 3.4.1 del Capítulo I.

establecen. Esquemáticamente, podemos adelantar que el precepto diseña una regulación similar a la que hemos visto en el epígrafe anterior para las prestaciones de invalidez tipo A. Esto es, básicamente, instituye una regla general de totalización y dos específicas aplicables a los trabajadores por cuenta ajena y a los trabajadores por cuenta propia, respectivamente. Pero además de esas referencias básicas, el precepto dicta una regla común aplicable en los mencionados supuestos de la totalización selectiva prevista para los regímenes especiales y establece, así mismo, algunas puntualizaciones aplicables a la totalización en casos de desempleo. A todos estos supuestos nos referiremos en los apartados siguientes.

3.1.- Regla general.

La formulación clásica del principio de conservación de derechos en curso de adquisición aparece, también en estos casos, al establecerse la obligatoriedad de utilizar la técnica de totalización, cuando sea precisa, para la concesión de las prestaciones. En efecto, del mismo modo que en las prestaciones de invalidez tipo A, cuando la legislación de un Estado miembro subordine la adquisición, la conservación o la recuperación del derecho a las

prestaciones al requisito de que hayan sido cumplidos determinados períodos de seguro o de residencia, el Reglamento obliga a la institución competente de dicho Estado miembro a que tenga en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro o de residencia cumplidos de acuerdo con la legislación de cualquier otro Estado miembro, ya sea en un régimen general o especial, aplicable a trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia⁸⁰.

Una vez más, la decidida voluntad de los Reglamentos

⁸⁰ Vid art. 45.1 del Rgto. 1408. Para la interpretación del artículo 45, en general o de alguno de sus números en particular, la Comisión Administrativa para la Seguridad Social ha dictado varias Decisiones interpretativas de las que hoy son aplicables los números 81, 134 y 136. El tema de las Decisiones aplicables en ocasiones ha resultado confuso; en este caso, por ejemplo, la Comisión Europea cita como aplicables las Decisiones n. 80, 81 y 124; no obstante la n. 80 fue sustituida por la n. 134 y la n. 124 por la n. 136, lo que pone de manifiesto la dificultad que existe a veces para poder determinar, incluso para la propia Comisión, las normas aplicables, COMISIÓN EUROPEA, "Recopilación de disposiciones comunitarias sobre Seguridad social", opus cit., pág. 142. En esta línea de dificultad, algún autor, sólo hace referencia, como aplicables, a las Decisiones n. 134 y 136, en FERRERAS ALONSO, F. "Las prestaciones por enfermedad, maternidad e invalidez según el Reglamento comunitario 1408/71", en "La Seguridad social internacional: convenios bilaterales y derecho comunitario"; Cuadernos de derecho judicial nº XII, Madrid 1994.

Por otro lado, aunque las citadas Decisiones se dictan para aplicar el artículo 45 del Reglamento, parece probable que, dada la identidad en los supuestos y en su regulación, podrán ser también un punto de referencia para la aplicación e interpretación de las previsiones del artículo 38. En este sentido, por ejemplo, VAN RAEPENBUSCH, S., al comentar lo dispuesto en el artículo 38 se limita remitirnos a "la interpretación dada por la Comisión Administrativa, del art. 45, párrafo 3, de contenido idéntico"; "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo", opus cit., pág. 559.

en imponer el reconocimiento de los períodos extranjeros para el nacimiento de las prestaciones nacionales, cuando este sea necesario, se pone de manifiesto también en estas prestaciones. Seguramente por ello se ha señalado que "el artículo 45, apartado 1, deja sentado el principio general de la totalización, que consiste en el cómputo de los períodos de seguro o residencia cubiertos de acuerdo con la legislación de dos o más Estados miembros para la adquisición, conservación o recuperación del derecho a las prestaciones"⁸¹. Importancia del precepto, por otro lado, que ha servido para que algún autor haya señalado que el artículo 45.1 constituye el "derecho común" dentro de las reglas de totalización⁸², afirmaciones derivadas, seguramente, de la constatación de que este precepto reglamentario es el que con más frecuencia entra en juego en la aplicación del Reglamento en este aspecto; no en vano, recordamos, esta regla de totalización rige en la concesión de las prestaciones de vejez, en las de muerte y supervivencia (pensiones), y en los supuestos de concesión de las invalideces tipo B que estamos analizando, prestaciones, todas ellas, que suponen el mayor número de las reconocidas por los sistemas de Seguridad Social en los

⁸¹ COMISIÓN EUROPEA, "Recopilación de disposiciones comunitarias sobre seguridad social, 1994", Luxemburgo 1995, pág. 141, afirmación en la que, no obstante su contundencia y su acierto de fondo, se confunde la totalización como técnica de aplicación con el principio del que trae causa que no es otro que el de conservación de derechos en curso de adquisición.

⁸² VAN RAEPENBUSCH, S., "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo", opus cit, pág. 575.

diferentes Estados.

En definitiva, en el precepto se contiene la regla general de totalización aplicable cuando entren en juego las reglas de coordinación de las invalideces tipo B, esto es, se establece la obligatoriedad de tener en cuenta, -por el Estado que va a reconocer la prestación y cuando esto sea necesario-, todos los períodos de seguro cumplidos en cualquier Estado miembro con independencia del régimen en el que se hayan generado. Regla general en la que, no obstante, deberán introducirse algunas matizaciones cuando las prestaciones que se vayan a reconocer puedan serlo por determinados regímenes especiales, como veremos en los apartados siguientes.

Dejando al margen la última puntualización, esta regla general de totalización de períodos, sin embargo, lleva en su propia formulación una cláusula limitativa al puntualizar que los períodos se totalizarán "en la medida necesaria". A diferencia de lo que vimos al exponer las reglas de totalización de la invalidez tipo A, y con un alcance distinto que el que examinábamos entonces, en estos casos existe una fecunda problemática surgida en torno a la obligatoriedad o no de totalizar todos los períodos cumplidos por el interesado en los diferentes Estados o sólo los que sean necesarios para el reconocimiento completo de las prestaciones. Por su indudable interés, y, sin duda, por su innegable trascendencia práctica, como

veremos, a su exposición y estudio dedicamos los siguientes apartados.

3.1.1.- Límite de períodos a totalizar: planteamiento del problema.

El problema de limitar o no los períodos a totalizar en estos casos es una antigua cuestión que se planteó ya desde la aplicación e interpretación del mismo Reglamento nº 3. Por cuestiones metodológicas, y para centrar la exposición subsiguiente, podemos indicar que el tema a debate, básicamente, es el siguiente: cuando un Estado hace depender la cuantía de sus prestaciones de los períodos de seguro cubiertos por el interesado a lo largo de su vida activa, pero, a su vez, establece un máximo de períodos para poder alcanzar el 100 por 100 de la prestación, los períodos acreditados que superan ese máximo establecido es claro que dejan de producir efectos sobre la cuantía de las prestaciones. Esta falta de incidencia en la cuantía de la prestación de los períodos de seguro que superan el máximo cuando se aplica exclusivamente la legislación interna, puede variar, sin embargo, cuando la prestación se calcula

bajo la técnica de la totalización de períodos de seguro y posterior prorrateo de la cuantía teórica en función de los períodos cubiertos únicamente en el Estado que totaliza. Esto es, cuanto mayor sea el número de períodos extranjeros totalizados menor será el porcentaje que, sobre el total, representarán los períodos del Estado que totaliza y, por consiguiente, menor será la prestación prorrateada que deberá pagar ese Estado⁸³.

Siendo este el planteamiento del problema, es claro que una solución al mismo se movería en el marco que crea la tensión entre el interés de las instituciones, por un lado, en totalizar todos los períodos de seguro cumplidos por el interesado, interés que se justifica porque cuanto mayor sea el número de períodos extranjeros que se tengan en cuenta menor será la prorrata que la institución deba abonar y, por otro lado, en el deseo de los trabajadores

⁸³ Podemos poner el siguiente ejemplo que nos sirva de ilustración del problema: un trabajador que tiene en España 10 años de cotización y en el resto de los Estados miembros 25 años, totalizando los distintos períodos, tendría, en primer lugar, derecho a una pensión de jubilación española porque supera los 15 años mínimos exigidos, en segundo lugar, la pensión teórica española sería del 100 por 100 de su base regulador, porque entre todos los períodos tenidos en cuenta suman 35 años, y, por último, de esa pensión teórica España abonaría como pensión prorrateada el 25'57, por ser la proporción que, sobre el total de períodos tenidos en cuenta, se cumplieron en nuestro país. Sin embargo, si ese mismo trabajador reuniera en los demás Estados 35 años, sumados a los 10 españoles harían un total de 45 años, de los que España abonaría como pensión prorrateada un 22'22. Esto es, con los mismos años de cotización en nuestro país se le abonaría una prestación en cuantía diferente dependiendo del número de años tenidos en cuenta de otros Estados, por supuesto siempre que entre todos superen el máximo que exija la legislación para tener derecho a una pensión completa.

de que únicamente se les totalicen los períodos extranjeros en la cuantía necesaria para obtener el cien por cien de la pensión nacional que puedan alcanzar, buscando con ello que, al limitarse el cómputo de períodos extranjeros, sea mayor la prestación prorrateada que perciban de la institución competente. En buena medida, la historia de esta tensión, alumbrada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y por la evolución normativa en este punto, es la que vamos a exponer en los siguientes apartados.

3.1.1.1. Límite de períodos a totalizar en el Reglamento nº3.

La limitación de períodos a totalizar, cuando se aplique esta técnica en el reconocimiento de las prestaciones, es otra de las cuestiones con las que tuvo que enfrentarse tempranamente el Tribunal de Justicia. En efecto, a falta de precisiones reglamentarias sobre este aspecto⁸⁴, el problema surgió al hilo de la cuestión más

⁸⁴ En el Reglamento nº 3 el artículo 27.1, precepto equivalente al actual artículo 45.1, no especificaba nada sobre el número de períodos de seguro que se debían totalizar. El artículo 27.1 del Reglamento 3 textualmente señalaba que "para la adquisición, el mantenimiento o la recuperación del derecho a prestaciones, cuando un trabajador subordinado ha estado sometido sucesiva o alternativamente a la legislación de dos o más Estados miembros, los períodos de seguro y asimilados completados

general que se planteaba conocer si era obligatorio que a todo trabajador que hubiera ejercido su actividad en varios Estados le eran aplicables las reglas de totalización y consiguiente prorrateo de prestaciones, o si, por el contrario, no procedía tomar en consideración los períodos cubiertos en otro Estado cuando el beneficiario reuniera, exclusivamente en el Estado competente, los requisitos exigidos por la legislación de éste último para tener derecho a sus prestaciones completas⁸⁵.

La cuestión, como hemos indicado, recibió temprana respuesta por el Tribunal. En efecto, siguiendo la línea iniciada en el asunto Ciecchelski⁸⁶, en el asunto Goffart⁸⁷, con claridad meridiana, señaló la Corte que,

en virtud de la legislación de cada uno de los Estados miembros, serán totalizados en tanto que no se superpongan"

⁸⁵ RODRIGUEZ-PINERO, M. "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas", opus cit, pág. 183.

⁸⁶ Sentencia de 5 de julio de 1967, asunto 1/67, Chiechelski, Rec. 1967 pág. 235. Por lo que aquí nos interesa, en este asunto falló el Tribunal que "cuando en un Estado miembro el derecho a prestación se adquiere sin necesidad de recurrir a los períodos cumplidos en virtud de la legislación de otros Estados miembros, la institución competente del primer Estado no está habilitada para aplicar los artículos 27 y 28 del Reglamento nº 3 - preceptos que establecían en este Reglamento las cláusulas de totalización y prorrateo- con el fin de reducir la prestación de la que es deudora en virtud únicamente de su propia legislación".

⁸⁷ Sentencia de 30 de noviembre de 1967 (C-22/67) pág. 413. Ver también sentencia de 5 de julio de 1967 (C-2/67), asunto De Moor, pág. 255. Vid TELCHINI, "Riv. dir. int. p.p." 1968, pág. 303; LYON CAEN "la jurisprudence sociale de la C.J. variations sur un thème ancien et recherches de sonorités nouvelles", RTDE, 1978, pág. 148.

"en el caso del interesado que puede aspirar a las prestaciones en virtud de la legislación de un Estado miembro, en base únicamente a los períodos de seguro cumplidos al amparo de su legislación, la totalización y la prorratización carecen de objeto"⁸⁸. A la postre, el ánimo que alentaba la solución que sostuvo el Tribunal, idea que hoy podemos considerar como un principio de interpretación clásico reiterado en numerosas resoluciones posteriores, era que el trabajador no podía ver mermados sus derechos, reconocidos exclusivamente en aplicación de las normas nacionales, por tenerse en cuenta y considerarse períodos de seguro cumplidos en otros Estados⁸⁹.

⁸⁸ En el asunto Goffart el Tribunal, por lo que aquí interesa, señaló: "Considerando que el artículo 51 del Tratado trata esencialmente el caso en que la legislación de un Estado miembro no diera por sí sola al interesado derecho a las prestaciones, debido al número insuficiente de períodos cumplidos a su amparo; que a estos efectos prevé, en beneficio del trabajador migrante que haya estado sometido sucesiva o alternativamente a la legislación de varios Estados miembros, la totalización de los períodos de seguro cumplidos en virtud de la legislación de cada uno de los Estados; que el procedimiento de prorratización previsto por el artículo 28.1 del Reglamento número 3 supone, salvo excepción, una totalización previa; que el caso del interesado, que puede aspirar a las prestaciones en virtud de la legislación de un Estado miembro, en base únicamente a los períodos de seguro cumplidos al amparo de su legislación, la totalización y la prorratización carecen de objeto; que de todo lo anterior resulta que el artículo 51 trata de conceder al trabajador migrante el beneficio derivado de los reglamentos comunitarios sin disminuir por ello los derechos que hubiese tenido si dichos reglamentos no le hubiesen sido aplicados; que se ignoraría dicho objetivo si el trabajador debiera, para disfrutar de la libre circulación que le está garantizada, y por efecto de la entrada en vigor de los reglamentos comunitarios, sufrir la pérdida de derechos ya adquiridos en uno de los países miembros en virtud de la legislación de dicho país"

⁸⁹ En este sentido LYON-CAEN señalaba que "el Reglamento no debe utilizarse sino para la adquisición de un derecho a prestaciones no obtenible por el derecho

Sin embargo, el razonamiento que condujo al Tribunal a la solución apuntada en la cuestión general de en qué casos es preciso totalizar y en qué casos no, este razonamiento, decimos, fue el mismo que le impidió, en interpretación del Reglamento nº 3, limitar los períodos a totalizar cuando, de acuerdo con su argumentación, tal operación fuera necesaria para la concesión de las prestaciones. Esto es, el Tribunal había dado un primer paso al interpretar que la totalización y prorratización, reguladas en los artículos 27 y 28 del Reglamento nº 3, no debían entrar en juego cuando el trabajador pudiera obtener sus prestaciones valorándose para ello únicamente los períodos cumplidos bajo la legislación que aplica la institución competente. Ese desarrollo argumental, volviendo el razonamiento, suponía que la totalización y prorratización deberían aplicarse cuando el trabajador no pudiera obtener derecho a las prestaciones en función, únicamente, de los períodos cumplidos bajo la legislación aplicada por la institución competente y, en estos supuestos, en los que se entendió necesario acudir a la técnica de la totalización, el Tribunal no dio el siguiente paso obligando a las instituciones competentes en cada caso a limitar el número de períodos que debían totalizar.

nacional", en "Droit social international et européen",
París 1980.

En efecto, en el asunto Gross⁹⁰, el Tribunal se inclinó por entender que "desde el momento en que hay lugar a la totalización, se tendrán en cuenta, para el cálculo de la fracción de la prestación debida por la institución deudora, los períodos efectivamente cumplidos por el trabajador interesado, y no solamente los que representan el total requerido en este Estado para la adquisición del derecho a una prestación completa". Entendió el Tribunal que del texto del art. 28 del Reglamento nº 3 resultaba que para el cálculo de la fracción de la prestación que debía

⁹⁰ Sentencia de 10 de noviembre de 1971, C-26/71, pág. 871. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal en su sentencia de 10 de noviembre de 1971, C-28/71, asunto E. Höhn, pág. 893.

Aunque abriendo un paréntesis en el tema que estamos tratando, en la observaciones del Abogado General, señor Dutheillet, en el asunto Gross se realizan una serie de duras afirmaciones sobre el tribunal que plantea la cuestión y sobre la que, con nuestra terminología, podríamos denominar la entidad gestora que no me resisto a reseñar. El Abogado General entiende que algunos de los aspectos que se plantean en la cuestión prejudicial ya han sido resueltos en sentencias anteriores del Tribunal de Justicia y, a este respecto dice que "parece ser que estas sentencias no han convencido enteramente a la Comisión de primera instancia de lo contencioso de la seguridad social del Bajo Rin. [Dirigiéndose a los jueces del Tribunal de Justicia de la Comunidad] Creo que puede permitirse a un juez nacional hacerles preguntas de nuevo a ustedes sobre la interpretación que han dado a un reglamento comunitario ... Sería deseable, sin embargo, que el juez nacional, ya que les hace preguntas, explique claramente sus dudas, cosa que no es el caso en el asunto en cuestión". Al referirse a la Entidad Gestora señala que "ciertamente, la Caja regional de Estrasburgo pone de nuevo sobre el tapete su jurisprudencia mediante una memoria redactada en términos que, en algunos casos, son de lamentar. El tono de este documento, la falta de información acerca de los Reglamentos comunitarios y de su jurisprudencia hacen que hayamos vacilado en hablarles de otra manera que nos sea descartarlo sin discusión trayendo únicamente a la memoria el proverbio de nuestra provincia de origen: 'el cura pierde el tiempo diciendo dos veces la misa para los sordos'".

asumir la institución deudora se tenían que "tener en cuenta todos los períodos efectivamente 'cumplidos' y no únicamente los que representan el total requerido para obtener una prestación completa"; con ello, reiteramos, limitados los supuestos en los que la totalización entraría en juego, no se acotaban los períodos a considerar en los supuestos en los que se daba vía libre al juego de los períodos extranjeros. En definitiva, la respuesta del Tribunal a la cuestión central de nuestra exposición fue tajante, y ello teniendo en cuenta, además, que en el momento de dictar esta sentencia ya había sido aprobado el Rgto. 1408, -extremo que incluso puso de manifiesto la Comisión en las observaciones hechas en el procedimiento-, texto que ya contenía una regla específica para estos casos en su artículo 46.2,c), como vamos a ver en el punto siguiente, pero que no era aplicable al concreto asunto que se debatía teniendo en cuenta la fecha del planteamiento de la cuestión.

3.1.1.2. Límite de períodos a totalizar en el Reglamento 1408.

Si el Tribunal no impuso límites a la totalización, cuando esta fuera precisa, el legislador comunitario no dio

la espalda al problema sino que lo afrontó con decisión, desde los primeros momentos, eso sí, del Rgto. 1408, como acabamos de señalar. Ahora bien, diagnosticando con precisión dónde se producía realmente el quebranto de los derechos de los trabajadores si se totalizaban sin límite todos los períodos acreditados por estos en los diferentes Estados, introdujo la cláusula limitativa entre las reglas de liquidación del artículo 46 y no en el precepto general de totalización del artículo 45. En efecto, en el artículo 46.2.c), -número segundo dedicado a las reglas de concesión de prestaciones en las que es necesario totalizar y prorratear- dispuso que:

"Si la duración total de los períodos de seguro cumplidos a tenor de las legislaciones de todos los Estados miembros en cuestión es superior a la duración máxima requerida por la legislación de uno de estos Estados para obtener el beneficio de una prestación completa, la institución competente de este Estado tendrá en cuenta esta duración máxima en lugar de la duración total de los mencionados períodos, para la aplicación de las disposiciones del presente apartado".

Impuesta la limitación de períodos a tener en cuenta en el cálculo de la prestación, no obstante, y queriendo dar satisfacción al interés de los trabajadores pero sin gravar desproporcionada e injustificadamente a las

Entidades gestoras competentes, matizó el precepto que el método de cálculo que imponía "no puede tener por efecto la imposición" a dichas instituciones "de una prestación por una cuantía superior a la de la prestación completa prevista por la legislación" que aplican. Esto es, por un lado, se limitan los períodos a considerar en el cálculo de las prestaciones, y, por otro, se limita, con buena lógica, la prestación máxima que pueda obtenerse en aplicación de esta reglas, no pudiendo superar, la prestación así calculada, la cuantía fijada para la prestación máxima, total o completa fijada en cada legislación para las prestaciones concretas de que se trate.

Aunque quizás con la introducción en el art. 45.1 de la expresión "en la medida necesaria"⁹¹ podría deducirse que no procedía totalizar más allá del límite que cada Estado tuviera establecido para otorgar la prestación en su cuantía más elevada dependiendo de los años cotizados, no obstante, el Reglamento consideró oportuno introducir una regla específica para imponer este límite no ya desde un precepto dedicado a la adquisición o nacimiento de prestaciones sino desde uno dedicado al cálculo de las mismas, seguramente por las razones que hemos expuesto. Sin

⁹¹ La expresión "en la medida necesaria" ha sido utilizada tanto para proceder o no a la totalización de períodos cuando se tenía derecho a las prestaciones por aplicación exclusiva de la legislación nacional, cuanto como límite de totalización de períodos para supuestos como los que estamos viendo; vid LYON CAEN, "Droit social international et européen" pág. 300. París 1980.

embargo, y por lo que aquí nos interesa, esta inclusión del precepto entre las reglas dedicadas al cálculo de las prestaciones dejaba abierta la puerta de la duda sobre su aplicación cuando, de acuerdo con las reglas de coordinación comunitaria, entraban en juego prestaciones de invalidez tipo A, como, por ejemplo, nuestras prestaciones de invalidez, en las que, como sabemos, la cuantía de las mismas es independiente de los períodos de seguro acreditados por el causante.

En efecto, como hemos visto, el precepto comienza señalando que "si la duración total de los períodos de seguro cumplidos a tenor de las legislaciones de todos los Estados miembros en cuestión es superior a la duración máxima requerida por la legislación de uno de estos Estados para obtener al beneficio de una prestación completa la institución competente de este Estado tendrá en cuenta esta duración máxima en lugar de la duración total de los mencionados períodos...". El artículo, por tanto, se refiere a una duración de períodos de seguro (carrera de seguro) en relación con una prestación completa, esto es, fija como supuesto de hecho, en el que se aplicarán sus reglas, el de aquellas prestaciones que hacen depender su cuantía de los períodos previos de seguro acreditados por el interesado. Por seguir con el ejemplo, este es el caso de nuestras prestaciones de vejez, pero no es el supuesto de nuestras prestaciones de invalidez que, como sabemos, no dependen en su cuantía de períodos de seguro. Nuestras

prestaciones de invalidez, por tanto, desde el punto de vista de la carrera de seguro, serán "prestaciones completas" cuando el beneficiario, además del grado de minusvalía, reúna el período de carencia exigido en cada caso, con independencia, por tanto, del número de períodos de seguro cumplidos por el interesado. Si esto es así, la regla del artículo 46.2.c) no sería aplicable a nuestras prestaciones ni, en general, a todas aquellas prestaciones de invalidez tipo A que, conceptualmente, son independientes de los períodos de seguro acreditados por el causante.

Esta interpretación, esto es, que la regla no se aplica a las prestaciones cuya cuantía no depende de los períodos de seguro, es la que ha quedado definitivamente consagrada tras la modificación del Rgto. 1408 operada por el Rgto. 1248/92. En efecto, el Rgto. 1248, que ha llevado esta regla limitativa al artículo 47.1.a) del Rgto. 1408, incluyéndola dentro de las "disposiciones complementarias para el cálculo de las prestaciones", ha dado una nueva redacción a la cláusula que señala ahora que "si la duración total de los períodos de seguro y de residencia cumplidos antes del hecho causante de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados es superior a la duración máxima exigida por la legislación de uno de esos Estados para obtener una prestación completa, la institución competente de este Estado tomará en consideración dicha duración máxima en vez de la

duración total de dichos períodos. Este método de cálculo no podrá tener como efecto imponer a dicha institución la carga de una prestación de una cuantía superior a la de la prestación completa establecida en su legislación", redacción, hasta aquí, similar a la que hemos visto que se contenía en el antiguo artículo 46.2.c), pero, como señalábamos, el Rgto. 1248 ha introducido una precisión final que establece que "esta disposición no será válida para las prestaciones cuya cuantía no está en función de la duración de los períodos de seguro", esto es, por lo que nos interesa en este estudio, las prestaciones de invalidez tipo A.

Por tanto, las dudas que se plantearon sobre si esa "prestación completa" hacía referencia, o incluía, a las prestaciones que no hacen depender su cuantía de los períodos de seguro han quedado solventadas en el último inciso del precepto al señalarse, expresamente, que la regla no se aplicará a las prestaciones cuya cuantía no está en función de la duración de los períodos de seguro, interpretación, por otro lado, que ha sostenido recientemente, así mismo, el Tribunal de Justicia en el asunto Lafuente Nieto⁹², al interpretar, no obstante, la

⁹² En efecto, en la sentencia de 12 de septiembre de 1996, asunto 251/94, Lafuente Nieto, ha señalado el Tribunal, que la letra c) del artículo 46, precepto aplicable cuando se planteo la cuestión, y más claramente la letra a) del artículo 47.1, ambos del Rgto. 1408, "no se refiere al cálculo de prestaciones por invalidez con arreglo a un régimen como el previsto por la legislación española y según el cual la cuantía de las prestaciones es independiente de la duración de los períodos de seguro".

ya antigua previsión del artículo 46.2.c..

3.2. Reglas de totalización aplicables a los regímenes especiales de trabajadores por cuenta ajena.

Similares a las reglas específicas de totalización selectiva que expusimos al estudiar las reglas de totalización en los supuestos de invalidez tipo A son las que se regulan, ahora también, para los supuestos de totalización aplicables a las invalideces tipo B. Del mismo modo que ocurría entonces, cuando la legislación de un Estado miembro subordine la concesión de ciertas prestaciones al requisito de que los períodos de seguro hayan sido cumplidos únicamente en una profesión incluida en algún régimen especial aplicable a trabajadores por cuenta ajena, los períodos cumplidos bajo las legislaciones de otros Estados miembros sólo serán computables, para la concesión de tales prestaciones, en el supuesto de que hayan sido cumplidos al amparo de un régimen de igual naturaleza o, en su defecto, en la misma profesión⁹³.

La filosofía que preside esta cláusula es básicamente la misma que la que rige en las prestaciones de invalidez

⁹³ Vid. art. 45.2 del Rgto. 1408.

tipo A. Esto es, normalmente estos regímenes especiales suelen conceder prestaciones más beneficiosas para las actividades o profesiones que encuadran, razón por la que la norma comunitaria limita que esas prestaciones o derechos puedan generarse, desde el punto de vista que interesa a la entidad que totaliza, solo en aquellos supuestos en los que el trabajador haya mantenido una vida laboral continuada en una determinada profesión y, desde el punto de vista del trabajador, la norma asegura que sus expectativas de derechos, existentes en un determinado régimen de un concreto Estado, no se vean deterioradas o marchitadas por el hecho de haber realizado idénticas o similares actividades en diferentes Estados.

Teniendo como referencia esta regla de totalización selectiva, la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los trabajadores migrantes ha dictado dos Decisiones que pretenden simplificar su aplicación. Por un lado, aclarando cuándo se va a entender que determinadas profesiones son equiparables en distintos Estados y, por otro, especificando determinados regímenes especiales de distintos Estados que han de considerarse equivalentes para proceder a la totalización indicada.

Con relación al primer aspecto, la Decisión 81⁹⁴ indica que "para adquirir el derecho a las prestaciones cuya concesión esté subordinada, por la legislación de un

⁹⁴ D.O. nº C-75, de 19.9.1973.

Estado miembro, al requisito de que los períodos de seguro hayan sido cubiertos en el mismo empleo bajo la legislación de otro Estado miembro, deberán totalizarse tal y como lo determine la legislación de este Estado. No podrá procederse a comprobaciones más que cuando el dicho empleo no esté definido por esa legislación"⁹⁵. O lo que es lo mismo, si una institución certifica que un trabajador ha cumplido un determinado período de seguro en un concreto empleo, la institución que recibe esos períodos y los totaliza deberá hacerlo, sin más, cuando proceda -(esto es, cuando de acuerdo a su ordenamiento ese empleo esté incluido en un régimen especial o directamente de su ejercicio se deriven o puedan derivarse prestaciones específicas)-, en relación con los períodos cumplidos bajo su legislación en esa misma profesión. Con ello se trata de evitar engorrosas y, seguramente, lentas comprobaciones para determinar si el empleo en el que una institución certifica que se han cumplido los períodos de seguro es equivalente al tenido como tal por la legislación que los

⁹⁵ Tratando de aportar claridad a las abstractas previsiones comunitarias, el preámbulo de la Decisión pone un ejemplo de los supuestos en los que será aplicable. Señala: "... por ejemplo, cuando el trabajo en el fondo de una mina está definido por la legislación de un Estado miembro, los períodos de seguro cubiertos en ese trabajo, en virtud de dicha legislación, deberán considerarse como períodos de seguro cubiertos en un trabajo al fondo de una mina respecto a la legislación de los otros Estados miembros, y deberán totalizarse para la adquisición del derecho a las prestaciones cuya concesión esté subordinada al requisito de que los períodos de seguro hayan sido cubiertos en dicho trabajo, sin que haya que proceder a comprobaciones". El que el ejemplo se ponga teniendo en cuenta una actividad minera no es baladí, pues suelen ser estos casos en los que la aplicación de la norma es más frecuente.

recibe.

Respecto a los regímenes especiales correspondientes o equivalentes, a los que hacíamos referencia, señala la Decisión 134 que "los regímenes especiales de los trabajadores de las minas que existen en la República Federal de Alemania, en Bélgica, en España, en Francia, en Italia, en Luxemburgo y en los Países Bajos, son regímenes correspondientes" a los efectos que aquí estamos estudiando⁹⁶. De acuerdo con esta previsión podemos señalar que los períodos de seguro cubiertos al amparo de dichos regímenes especiales de trabajadores de las minas deberán computarse para su totalización, de conformidad con la regla expuesta, por un lado, sin tener en cuenta el ámbito de aplicación propio del régimen que totaliza y, por otro, sin verificar, tampoco, la concreta profesión en la que se han cubierto dichos períodos, lo que evidentemente puede determinar que, en determinados supuestos pueda verse ampliado el ámbito de aplicación de los regímenes nacionales considerados como equivalentes.

Por último, como ocurría en la invalidez tipo A, el Reglamento no quiere que los períodos a los que nos estamos refiriendo se pierdan si no han servido para los fines

⁹⁶ Con carácter general, en el preámbulo de la Decisión se señala que "los regímenes correspondientes contemplados en el apartado 2 del artículo 45 del Rgto. 1408, son los regímenes especiales que existen en los Estados miembros, para los trabajadores que pertenecen a una profesión análoga".

previstos. La decidida voluntad de que los períodos se totalicen siempre que sean necesarios, le ha llevado a señalar que si, tras haberse computado los períodos a los que afecta la regla estudiada, el interesado no reúne las condiciones requeridas para obtener las prestaciones concedidas por los regímenes especiales en los que se totalizó, dichos períodos deberán ser computados para la concesión de las prestaciones del régimen, general o especial, que corresponda, de acuerdo con las normas nacionales aplicables, y a condición de que el interesado haya estado de alta en dichos regímenes⁹⁷.

3.3. Reglas de totalización aplicables a los regímenes especiales de trabajadores por cuenta propia.

El paralelismo entre la regla establecida, para estos casos, en los supuestos de las invalideces tipo A y la que ahora vamos a exponer, aplicable a las invalideces tipo B, es prácticamente total. En efecto, igual que entonces, cuando la legislación de un Estado miembro subordine la concesión de ciertas prestaciones al requisito de que los períodos de seguro hayan sido cumplidos exclusivamente en una profesión incluida en algún régimen especial aplicable

⁹⁷ Vid. el art. 45.2, segundo párrafo, del Rgto. 1408.

a los trabajadores por cuenta propia, los períodos cumplidos en virtud de las legislaciones de otros Estados miembros sólo serán computables para la concesión de tales prestaciones en el supuesto de que hayan sido cumplidos al amparo de un régimen de igual naturaleza o, a falta de estos, en la misma profesión⁹⁸. En la parte B del Anexo IV se enumeran, para cada uno de los Estados miembros interesados, los regímenes aplicables a los trabajadores por cuenta propia señalados en esta regla, remisión a este anexo, y contenido, en concreto, para España que plantea los mismos problemas que los que vimos en su momento para el supuesto de la invalidez tipo A⁹⁹.

También se regula, para estos casos, una regla residual de totalización idéntica a la estudiada entre las reglas de totalización aplicables a las invalideces tipo A, regla o cláusula que prevé que si, tras haber computado los períodos cumplidos como trabajador por cuenta propia, el interesado no reúne las condiciones requeridas para tener derecho a las prestaciones concedidas por los regímenes especiales a los que hace referencia la regla expuesta, dichos períodos le serán computados para la concesión de las prestaciones del régimen, general o especial, aplicable según la legislación nacional del Estado que totaliza, con la condición de que el interesado haya estado afiliado a

⁹⁸ Vid. el art. 45.3 del Rgto. 1408.

⁹⁹ Véase lo dicho en el punto 4.3. de este mismo Capítulo.

dichos regímenes. Cláusula de reenganche de períodos que, como señalamos entonces, supone la imposición de una verdadera regla de cómputo recíproco de cotizaciones para aquellas legislaciones que pudieran no tenerla, pues obliga a tener en cuenta los períodos cumplidos como trabajador por cuenta propia a los regímenes aplicables a los trabajadores por cuenta ajena.

3.4. Regla común aplicable a los regímenes de trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia.

Hemos optado por abrir un nuevo apartado, para exponer una regla de interpretación común a los dos supuestos analizados en los apartados anteriores, tratando con ello de resaltar el cambio interpretativo que tal cláusula ha supuesto en relación con la situación precedente. En efecto, el Rgto. 1248/92 introdujo un nuevo número en el artículo 45 del Rgto. 1408 cuyo contenido varió de forma radical la interpretación que del precepto, en general y, en concreto, de las cláusulas aplicables a los regímenes especiales, se había hecho hasta el momento por la Comisión Administrativa de la Seguridad Social para los trabajadores migrantes en su Decisión 124, después sustituida por la

Decisión 136¹⁰⁰.

Esta última Decisión señalaba que los períodos a los que hace referencia el primer párrafo del apartado 3 del artículo 45, esto es, los cumplidos en regímenes especiales de trabajadores por cuenta propia, solo se tendrían en cuenta por el régimen general de otro Estado con la condición de que no hubieran sido tenidos en cuenta, a su vez, por un régimen especial de trabajadores autónomos en el Estado en el que se cumplieron¹⁰¹.

Exigía, por tanto, que para que pudiera procederse a su cómputo por el régimen general de un Estado en el que no se cumplieron no hubieran sido tenidos en cuenta, a su vez, por el régimen especial de autónomos del Estado en el que se generaron. El nuevo artículo 45.4, variando radicalmente este planteamiento¹⁰², y ampliando su aplicación también

¹⁰⁰ D.O. nº C-64, de 9.3.1988.

¹⁰¹ Textualmente la Decisión, en su punto 4, indica: "los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación de un Estado miembro se tendrán en cuenta bajo el régimen general, o a falta de esto, bajo el régimen aplicable a los obreros o a los empleados de otro Estado miembro, según los casos, para la adquisición, la conservación o la recuperación del derecho a las prestaciones, siempre que tales períodos no hayan sido ya tenidos en cuenta es este último Estado, bajo el régimen especial al que hace referencia el primer párrafo del apartado 3 del Reglamento 1408/71, para la adquisición, la conservación o la recuperación del derecho a las prestaciones".

¹⁰² Variación absolutamente consciente que, incluso, mereció un considerando en el Rgto. 1248/92 que señalaba que "en el artículo 45 del Rgto. 1408 debe introducirse una disposición por la que se garantice que, para la adquisición, la conservación o la recuperación del derecho a las prestaciones, los períodos de seguro cumplidos en un

a los supuestos de los trabajadores por cuenta ajena, obliga a la totalización de los referidos períodos de seguro "aunque dichos períodos ya se hayan computado" en el Estado en el que se cumplieron "conforme a un régimen señalado en el apartado 2 o en la primera frase del apartado 3"¹⁰³, apartados que contiene las reglas que hemos visto en los epígrafes inmediatamente precedentes.

La nueva previsión reglamentaria afianza, una vez más, la decidida voluntad de los Reglamentos de que los períodos se totalicen siempre que tal operación sea beneficiosa para los trabajadores afectados, voluntad que, como hemos visto, se trasluce a lo largo de todas las reglas de totalización que hemos expuesto. Con esta nueva cláusula, en definitiva, los períodos de seguro cumplidos en un régimen de autónomos, que sirvieron en ese Estado para el reconocimiento de prestaciones en el citado régimen, van a poder ser utilizados en otro Estado, cuando proceda, mediante la técnica de la totalización, para el

régimen especial de un Estado miembro se computarán en el marco del régimen general de otro Estado miembro, incluso si dichos períodos ya han sido computados en este último Estado en un régimen especial".

¹⁰³ El texto completo del artículo 45.4 es el siguiente: "Los períodos de seguro cumplidos bajo un régimen especial de un Estado miembro serán computados conforme al régimen general o, en su defecto, conforme al régimen aplicable a los obreros o a los empleados, según el caso, de otro Estado miembro para la adquisición, la conservación o la recuperación del derecho a las prestaciones, a condición de que el interesado haya estado afiliado a uno u otro de dichos regímenes, aunque dichos períodos ya se hayan computado en este último Estado conforme a un régimen señalado en el apartado 2 o en la primera frase del apartado 3".

reconocimiento de prestaciones en un régimen de trabajadores por cuenta ajena, por supuesto, cuando en el Estado que totaliza los citados períodos no sirvan para generar prestaciones en un régimen de igual naturaleza a aquél en el que fueron cumplidos los períodos, pues en tal caso se aplicaría la regla que hemos visto en el apartado precedente, y siempre que, por otro lado, el trabajador hubiera estado vinculado al régimen que ahora va a totalizar. El nuevo enfoque introducido en la coordinación comunitaria en este aspecto supone, por tanto, una variación con respecto a la filosofía que preside las reglas de cómputo recíproco nacionales en las que si los períodos han servido para generar prestaciones en un régimen normalmente no van a entrar en la bolsa de totalización para la concesión de prestaciones en otros regímenes.

3.5. Totalización en caso de desempleo.

Ya hemos dicho en alguna ocasión que el desempleo recibe un tratamiento especial y específico en los Reglamentos comunitarios. Fruto de ese tratamiento individualizado son las diferentes reglas que, además de las genéricas establecidas en el Capítulo 6, salpican la

regulación de distintas prestaciones. Vimos, a este respecto, la previsión que, respecto a las situaciones de desempleo, afectaba a la determinación de la institución competente en la invalidez tipo A¹⁰⁴. Ahora nos toca dejar constancia de la concreta previsión, que puede afectar a la totalización de períodos en las invalideces tipo B, establecida en el artículo 45.6 del Rgto. 1408.

Como continuación a las reglas generales de totalización expuestas, pero con un carácter mas armonizador que coordinador, establece el Reglamento que el período de desempleo total durante el cual el trabajador por cuenta ajena se beneficia de prestaciones de desempleo en un Estado diferente de aquél en el que trabajó¹⁰⁵, -en concreto en el de residencia-, se tendrá en cuenta por la institución competente del Estado miembro en cuyo territorio resida el trabajador, de conformidad con la legislación que aplique dicha institución, como si hubiese estado sujeto a dicha legislación durante su último empleo. En estos supuestos, por tanto, no existe la obligación de totalizar o sumar los períodos nacionales con los cumplidos en otros Estados para el reconocimiento de las prestaciones, sino que, por el contrario, el Reglamento,

¹⁰⁴ Véase el apartado 3.3.2.3. del Capítulo I.

¹⁰⁵ "...de conformidad con las disposiciones del artículo 71, apartado 1, letra a), inciso ii) o letra b), inciso ii), primera frase,..", señala el artículo 45.6 del Rgto. 1408. Sobre las referencias a las reglas generales de desempleo y los supuestos que comprenden los arts. 71.1 a) ii) y b) ii) véase lo dicho en el apartado 3.3.2.3. del Capítulo I.

dando un paso armonizador, obliga a que, -en los casos en que así está previsto por el Reglamento-, los períodos de seguro generados como consecuencia del pago de prestaciones de desempleo por una institución derivados de períodos de empleo cumplidos en otro Estado, exige, decimos, que esos períodos sean considerados como propios a los efectos que estamos estudiando, con lo que, y esta es la consecuencia más resaltable, no serán valorables a efectos de prorrateo de prestaciones.

Impuesta la obligación de asumir los períodos referidos como si fueran propios, con un planteamiento razonable, el Rgto. 3095/95¹⁰⁶ añadió un nuevo párrafo al artículo 45.6 justificado en la idea de que si el trabajador podía beneficiarse de las prestaciones de desempleo en un Estado en el que no trabajó y este Estado debe reconocer como propios esos períodos, parece lógico que el trabajador desempleado deba someterse a las cargas que la legislación de este Estado establezca sobre las prestaciones de desempleo¹⁰⁷. Con este enfoque, señala el precepto que en

¹⁰⁶ Rgto. 3095/95, de 22 de diciembre, D.O. nº L 335 de 30.12.95.

¹⁰⁷ Concretamente, el considerando 3 del Rgto. 3095/95, justificando la inclusión del citado párrafo, señala que "en la medida en que el trabajador en desempleo total, ... puede acogerse a las prestaciones de enfermedad maternidad, de invalidez, de vejez y a las prestaciones familiares concedidas por la institución competente del Estado miembro en el que resida, así como la convalidación, en materia de invalidez y vejez de períodos de desempleo completo indemnizados por dicha institución de conformidad con la legislación que aplique ... es lógico que el Estado miembro interesado pueda, en su caso, retener las cotizaciones relativas a dichas prestaciones, y en consecuencia es

el caso de que la institución competente "aplique una legislación en la que esté prevista la retención de cotizaciones a los trabajadores en paro, a cuenta de la cobertura de las prestaciones de vejez y de las prestaciones por defunción, estará autorizada a practicar tales retenciones de conformidad con las disposiciones de su legislación".

La norma sólo menciona expresamente a las prestaciones vejez y a las supervivencia, evidentemente guiada por la idea de que el capítulo 3, en el que está incluido el artículo 45.6, es aplicable, de acuerdo con su título, a las prestaciones de vejez y muerte y supervivencia - (pensiones)-, no obstante, teniendo en cuenta la redacción del considerando que justifica la norma, y sabiendo que este capítulo será aplicable, también, en la coordinación de las prestaciones de invalidez tipo B, tal previsión ha de ser extensible a las citadas prestaciones de invalidez, máxime cuando las cotizaciones sean indiferenciadas para la cobertura de los distintos riesgos mencionados.

Por último, hay que hacer referencia a la que podríamos llamar cláusula de enganche a la legislación que aplica la institución que abona la prestación de desempleo en estos casos. En efecto, señala el precepto analizado que "si el período de desempleo total cumplido en el país de

conveniente introducir disposiciones que permitan que dicho Estado realice las retenciones si su propia normativa así lo contempla".

residencia del interesado sólo puede tomarse en consideración si se han cumplido períodos de cotización en ese mismo país, la condición se considerará cumplida si los períodos de cotización se han cumplido en otro Estado miembro". Como sabemos, la totalización de períodos solo procederá cuando el trabajador haya estado afiliado, vinculado o asegurado como consecuencia de una actividad a la legislación que totaliza; pues bien, como excepción a esta regla, establece el precepto la posibilidad de totalizar cuando la exigencia de cotización se haya cumplido en otro Estado. Con ello, un trabajador que no haya cotizado como activo bajo una legislación estatal, pero que si que lo hubiera hecho bajo la legislación de otro Estado, podrá cumplir, con la vinculación a este segundo Estado, la exigencia de cotización requerida por la legislación del primero y así percibir prestaciones derivadas de las prestaciones de desempleo percibidas en estos casos, en los que, recordamos, tampoco estas se derivan de ninguna actividad en este Estado.

4.- LIQUIDACION DE LAS PRESTACIONES.

Estudiaremos en este epígrafe las cláusulas que específicamente dedican los Reglamentos a la liquidación

y cálculo de las prestaciones. Obviamente, es preciso tener en cuenta, a la hora del cálculo y liquidación de una prestación, todas las reglas expuestas sobre distribución de prestaciones en función del tipo de invalidez de que se trate, así como todas las referentes a las cuestiones sobre totalización de períodos, reglas, unas y otras, que son imprescindibles para poder completar adecuadamente la exposición subsiguiente y a las que desde aquí, con carácter general, nos remitimos. Así mismo, también van a confluir en esta fase, con las previsiones comunitarias, y de forma sobresaliente, las previsiones sobre el cálculo de las prestaciones reguladas en las distintas legislaciones estatales, sobre todo, en tanto en cuanto a ellas haya remisión desde los Reglamentos, supuesto frecuente, como veremos. No obstante, para no romper el objeto de nuestro estudio, no analizaremos estas cláusulas nacionales y los posibles conflictos que puedan plantear salvo en el caso concreto del cálculo de la base reguladora en las prestaciones otorgadas por nuestra legislación al aplicar los Reglamentos comunitarios.

Debemos puntualizar, por último, que para mantener una exposición que entendemos metodológicamente adecuada, la distinción que estudiamos en el capítulo primero entre prestaciones de invalidez tipo A y prestaciones de invalidez tipo B, nos ha servido para estructurar este capítulo, aún a riesgo de que tal configuración pueda quedar desequilibrada en este momento, por cuanto la

exposición de la invalidez tipo A es meramente referencial desde la perspectiva de la liquidación de las prestaciones.

4.1.- Liquidación en las prestaciones de invalidez tipo A.

Sabemos que en la invalidez tipo A solo existirá una única prestación a cargo de un único Estado, prestación que será concedida en aplicación exclusiva de la legislación de la institución deudora. Esta coordinación determina que, -salvo las reglas de totalización que hemos estudiado, y que pueden ser aplicables para el nacimiento del derecho a la prestación o para su reconocimiento-, las normas aplicables para el cálculo de la prestación están previstas y definidas en la legislación nacional que aplicable en cada supuesto. En ellas no inciden, como es lógico, las complicadas reglas comunitarias que veremos para las prestaciones de invalidez tipo B y que, como sabemos, son las contenidas en el capítulo III del Rgto. 1408.

Esto es, las reglas que se aplicarán en la liquidación de las prestaciones de invalidez tipo A serán las propias del Estado competente, en cada caso, para el abono de la prestación. Evidentemente sobre esas reglas incidirán todas

las que hemos estudiado sobre competencia, agravación, transformación, totalización y las que se estudian en el capítulo siguiente sobre procedimientos, pero lo que queremos significar es que los Reglamentos no contienen reglas específicas de liquidación referidas a la invalidez tipo A, normas que sí existen para las prestaciones de invalidez tipo B.

4.2.- Liquidación de prestaciones en la invalidez tipo B.

Sabiendo que las reglas aplicables en estos supuestos son las contenidas en el capítulo III del Rgto. 1408, es en el artículo 46, "liquidación de las prestaciones", donde se encuentra, básicamente, la regulación de las operaciones de cálculo de estas prestaciones. El artículo 47, "disposiciones complementarias para el cálculo de las prestaciones", completaba y completa las previsiones del artículo 46, sin embargo, el Rgto. 1248/92 introdujo, en tres nuevos preceptos, los artículos 46 bis, 46 ter y 46 quater, una compleja regulación sobre la aplicación de las denominadas cláusulas anticúmulo que van a tener una incidencia directa sobre el montante final de la prestación que reconocerá cada Estado. Pues bien, unas y otras nos van

a ocupar en los epígrafes siguientes, además de otras previsiones sobre, por ejemplo, los complementos de pensiones y la revalorización y nuevo cálculo de prestaciones.

4.2.1. Cálculo de la prestación cuando el interesado tiene derecho a ella sin necesidad de totalizar períodos.

El Reglamento distingue dos supuestos a la hora de establecer las reglas sobre la liquidación de prestaciones, por un lado, el de aquellos casos en que no sea necesaria la totalización de períodos para tener derecho a una prestación en un Estado determinado y, por otro, el de aquellos supuestos en los que si es precisa la totalización para tener derecho a prestaciones en un Estado concreto.

Al primero es al que nos vamos a referir ahora. Así, desde él, cuando no sea precisa la totalización¹⁰⁸ porque se tenga derecho a la prestación del Estado correspondiente

¹⁰⁸ Textualmente, señala el art. 46.1, primer párrafo: "cuando se reúnan las condiciones requeridas por la legislación de un Estado miembro para tener derecho a las prestaciones sin que sea preciso recurrir a lo dispuestos en el artículo 45 ni al apartado 3 del artículo 40, se aplicarán las reglas siguientes:", reglas que son las que vamos a estudiar en este epígrafe.



teniendo en cuenta únicamente los períodos cumplidos bajo su legislación, el Reglamento exige lo que podemos denominar un doble cálculo de la pensión, doble cálculo que, esquemáticamente, podemos exponer como cálculo de la pensión nacional¹⁰⁹, por un lado, y de la pensión prorrateada, por otro, o lo que es lo mismo, se deberá calcular la pensión que le corresponda al interesado de acuerdo con los períodos cumplidos bajo la legislación que aplique la institución competente y, además, se deberá calcular la pensión que hipotéticamente le correspondería al trabajador si se totalizaran todos los períodos cumplidos en los diferentes sistemas nacionales implicados, prorrateando, después, esta hipotética prestación en función de los períodos cubiertos en el Estado que practica la operación.

En palabras del Reglamento¹¹⁰, en estos casos, "la institución competente calculará la cuantía de la prestación que será debida:

- i) por una parte, en virtud únicamente de las

¹⁰⁹ El que no sea necesario acudir a la totalización de períodos para tener derecho a una prestación ha llevado a la doctrina a denominar a estas prestaciones como "pensiones 'autónomas'" señalando que "cuando el derecho a la prestación se ejerce en un Estado sin que sea preciso acudir a la totalización, se recibe de la institución competente una pensión calculada conforme a sus exclusivas normas nacionales; se trata de una prestación autónoma calculada de forma directa", SEMPERE NAVARRO, A.V., "Principios generales de la Seguridad Social comunitaria", opus cit., pág. 45.

¹¹⁰ Artículo 46.1.a), del Rgto. 1408.

disposiciones de la legislación que aplique, y

- ii) por otra, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 2", apartado 2, que estudiaremos en el epígrafe siguiente y que es en el que se recogen las reglas aplicables al prorrateo de las prestaciones.

La idea que subyace a la exigencia de este doble cálculo es la de garantizar al trabajador la prestación que le resulte más beneficiosa. "El interesado, señala el artículo 46.3, tendrá derecho a percibir de la institución competente de cada Estado miembro afectado la prestación más elevada, determinada de acuerdo con lo dispuesto en los apartados 1 y 2, sin perjuicio, llegado el caso, de la aplicación del conjunto de las cláusulas de reducción, suspensión o supresión previstas por la legislación en virtud de la cual dicha prestación habrá de ser abonada. En tal caso, la comparación que ha de realizarse se refiere a las cuantías determinadas tras la aplicación de dichas cláusulas".

Pero la comparación no solo se va a realizar después de aplicar las cláusulas de no acumulación sino también después de incrementar, en su caso, la prestación prorrateada con los períodos ficticios que no se tuvieron en cuenta en la totalización, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15.1.b) del Rgto. 574, según dispone el

tercer párrafo del artículo 46 del mismo Rgto. 574, como veremos en el punto siguiente.

Por tanto, esquemáticamente, cálculo de las prestaciones, por un lado, en aplicación exclusiva de la legislación nacional correspondiente y, por otro, en función de las cláusulas de los Reglamentos que regulan el cálculo de las pensiones a prorrata y otorgamiento de la más beneficiosa. En todo caso, debe quedar claro que esta comparación solo procede cuando el interesado pueda tener derecho a una pensión estatal sin necesidad de recurrir a la totalización de períodos; si fuera imprescindible tal totalización para generar un derecho a prestaciones únicamente cabría hablar, como veremos, de pensiones prorrateadas y, por tanto, aplicar las reglas que se describen en el epígrafe siguiente.

Frente a normas anteriores que establecían una prorrata generalizada, esto es, normas en cuya aplicación la prestación era siempre prorrateada, cosa que sucedía, por ejemplo, en el convenio hispano-alemán¹¹¹, el Reglamento exige para estos casos, como regla, este doble cálculo de la prestación. Ahora bien, decimos como regla porque el mismo artículo 46.1, en su letra b), permite, en determinados supuestos salvar la doble operación.

¹¹¹ El convenio "entre el Estado Español y la República Federal de Alemania sobre Seguridad social", fue firmado el 4.12.1973, se publicó en el BOE de 28.10.1977, y entró en vigor el 1.11.1977; la liquidación de prestaciones está regulada en los artículos 22 y siguientes.

En efecto, con una intrincada redacción, señala el precepto que "no obstante, la institución competente podrá renunciar al cálculo que habrá de ser efectuado de acuerdo con lo dispuesto en el inciso ii) de la letra a), si el resultado de éste es idéntico o inferior al del cálculo efectuado con arreglo a lo dispuesto en el inciso i) de la letra a), haciendo abstracción de las diferencias debidas a la utilización de números redondos, siempre y cuando dicha institución no aplique una legislación que contenga cláusulas de acumulación como las señaladas en los artículos 46 ter y 46 quater, o si la legislación las incluye en el caso señalado en el artículo 46 quater, a condición de que establezca que el computo de las prestaciones de naturaleza distinta se efectuará sólo proporcionalmente a la duración de los períodos de seguro o de residencia cumplidos de acuerdo con su legislación, y a la duración de los períodos de seguro y de residencia exigidos por dicha legislación para tener derecho a una prestación completa".

Detrás de esta enrevesada redacción se trasluce la idea de que si la institución que debe practicar el doble cálculo puede saber de antemano que el resultado de la prorrata será igual o inferior al de la pensión calculada teniendo en cuenta únicamente los períodos nacionales, el Reglamento le permite renunciar al doble cálculo. Ahora bien, para que pueda renunciar a esta "obligación" deberá enumerar en la parte C del Anexo IV "los casos en los que

ambos cálculos conducirían a dicho resultado", con lo que fuera de ellos no cabría la citada renuncia. Por lo que puede interesarnos, España no ha inscrito ningún supuesto¹¹².

¹¹² La letra C del Anexo IV del Reglamento 1408 lleva por título: "Casos mencionados en la letra b) del apartado 1 del artículo 46 del Reglamento, en los que se puede renunciar al cálculo de la prestación con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 46 del Reglamento". Los países que han inscrito alguna prestación son los siguientes:

DINAMARCA.- Todas las solicitudes de pensiones establecidas por la Ley de pensión social, salvo las pensiones mencionadas en la parte D del Anexo IV.

IRLANDA.- Todas las solicitudes de pensiones de jubilación, de pensiones de vejez contributivas y de pensiones de viudedad.

ITALIA.- Todas las solicitudes de pensiones de invalidez, de jubilación y de supervivencia de los trabajadores por cuenta ajena así como de las siguientes categorías de trabajadores por cuenta propia: cultivadores directos, aparceros, granjeros, artesanos y personas que ejerzan actividades comerciales.

PAISES BAJOS.- Todas las solicitudes de pensión de vejez con arreglo a la Ley de 31 de mayo de 1956 sobre el seguro de vejez generalizado, en su versión modificada.

PORTUGAL.- Todas las solicitudes de pensiones de invalidez, de vejez y de viudedad.

SUECIA.- Todas las solicitudes de pensiones de base y suplementarias de vejez, salvo las pensiones mencionadas en la parte D del Anexo IV.

REINO UNIDO.- Todas las solicitudes de pensión de viudedad determinadas con arreglo a lo dispuesto en el capítulo 3 del título III del Reglamento, con excepción de aquéllas respecto de las cuales:

a) durante cualquier ejercicio fiscal a partir del 6 de abril de 1975, inclusive:

i) el interesado haya cumplido períodos de seguro, de empleo o de residencia con arreglo a la legislación del Reino Unido y de otro Estado miembro, y

4.2.2.- Cálculo de la prestación cuando es necesario acudir a la totalización de períodos nacionales con los cumplidos en otros Estados.

A esta altura de la exposición podemos utilizar los términos del Rgto. 1408 para señalar que cuando "sea preciso recurrir a lo dispuesto en el artículo 45 y/o en el apartado 3 del artículo 40 para satisfacer los requisitos exigidos por la legislación de un Estado miembro con el fin de tener derecho a las prestaciones", se aplicarán las reglas que indica el artículo 46.2. Estamos en el supuesto, por tanto, en el que es necesario acudir a la totalización de períodos cumplidos en diferentes Estados para reconocer o calcular el derecho a una determinada prestación, en aplicación de la legislación de la institución competente en cada caso.

ii) uno (o más) de los ejercicios fiscales a los que se aplique el punto i) no constituya un año cualificador en el sentido de la legislación del Reino Unido;

b) los períodos de seguro cumplidos en el Reino Unido con arreglo a la legislación vigente en relación con los períodos anteriores al 5 de julio de 1948 serán tomados en cuenta, a efectos de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 46 del Reglamento, mediante la aplicación de los períodos de seguro, de empleo o de residencia cumplidos con arreglo a la legislación de otro Estado miembro.

Muchas son las exposiciones doctrinales que se han hecho para explicar este cálculo¹¹³, sin embargo hemos decidido mantener, básicamente, la del propio Reglamento porque, a nuestro entender, es una de las pocas veces en las que la norma se expresa con suficiente claridad. Por ello, podemos señalar que en estos supuestos las operaciones de liquidación de la prestación están recogidas en las letras a) y b) del antes citado precepto en los siguientes términos:

a) "la institución competente calculará la cuantía teórica de la prestación que el interesado podría obtener en el supuesto de que todos los períodos de seguro y/o de residencia cumplidos de acuerdo con las diversas legislaciones de los Estados miembros a que haya estado sometido el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia hubieran sido cumplidos en el Estado miembro en que radique la institución de que se trate y de acuerdo con la legislación que ésta aplique en la fecha en que se liquide la prestación. Cuando, con arreglo a dicha legislación, la cuantía de la prestación sea independiente de la duración de los períodos cumplidos, dicha cuantía será considerada como la cuantía teórica objeto de la presente letra".

¹¹³ Por citar una de las más claras, puede verse la que hace SEMPERE NAVARRO, A.V. en "Principios de la seguridad social comunitaria", opus cit., pág. 46.

b) "a continuación, la institución competente determinará el importe efectivo de la prestación, prorrateando la cuantía teórica señalada en la letra a) entre la duración de los períodos de seguro o de residencia cumplidos antes de la fecha del hecho causante de acuerdo con la legislación que ésta aplica, en relación con la duración total de los períodos de seguro y de residencia cumplidos antes de la fecha del hecho causante de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados".

Por tanto, cálculo de la prestación teórica en función de los períodos cumplidos en los distintos Estados y posterior cálculo prorrateado en relación con los períodos cubiertos exclusivamente en la legislación nacional correspondiente. Téngase en cuenta, no obstante, que estas reglas serán aplicables cuando se coordinen legislaciones tipo B exclusivamente, prestaciones que hacen depender su cuantía de períodos previos de cotización, como sabemos, y, también, cuando con aquéllas entren en relación legislaciones tipo A, prestaciones que son independientes de los períodos de seguro acreditados por el causante. En el supuesto de que la legislación que aplique las reglas

de cálculo expuestas sea una de las de tipo A -como, por ejemplo, puede ser la española- la primera operación se reducirá a fijar la cuantía de la prestación debida en función del grado reconocido, puesto que, como también sabemos, esa cuantía es independiente de los períodos de seguro acreditados por el causante. Sin embargo, en aplicación de la regla establecida en la letra b) transcrita, fijada esa cuantía se tendrán en cuenta los períodos cumplidos en otros Estados para calcular la parte proporcional que corresponde abonar al Estado tipo A.

En cualquier caso, en los casos en los que se aplican estas reglas es importante resaltar dos aspectos que a veces han llevado a planteamientos equívocos a nuestra doctrina y a nuestra jurisprudencia, como vimos en el capítulo primero de este estudio¹¹⁴. En primer lugar, la pensión teórica no es más que un parámetro de cálculo, un punto de referencia que servirá para determinar la prestación que de hecho va a percibir el beneficiario y que, por tanto, como contrapartida, deberá abonar la institución competente¹¹⁵; en segundo lugar, y por lo dicho, la prestación prorrateada es, en principio, la pensión que realmente va a percibir el interesado.

¹¹⁴ Véase a este respecto el epígrafe 3.4.3.2 del capítulo 1.

¹¹⁵ Esta cuantía o prestación teórica "no es realmente debida por la institución en cuestión", SEMPERE NAVARRO, A.V., "Principios de la seguridad social comunitaria", opus cit., pág. 45.

Decimos que "en principio" la prestación prorrateada es la prestación que realmente va a percibir el interesado porque para llegar finalmente a la prestación que recibirá el beneficiario es posible que haya que practicar otras operaciones, entre ellas, comprobar si son aplicables en cada caso, y en que medida, alguna de las reglas anticúmulo estatales, adecuadas, eso si, a las limitaciones establecidas en los artículos 46 bis, 46 ter y 46 quater del Rgto. 1408; habrá que valorar, también, si procede el abono de algún complemento estatal o impuesto por la legislación comunitaria, como por ejemplo el de el artículo 50 del Rgto. 574. A uno y a otro supuesto nos referiremos en los epígrafes que prosiguen a este.

No obstante, tampoco acaban ahí las incidencias que pueden afectar finalmente a la prestación. En efecto, señala el párrafo segundo del artículo 46 del Rgto. 574 que "la cuantía efectivamente debida, calculada con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 46 del Reglamento se aumentará en la cuantía que corresponda a los períodos de seguro voluntario o facultativo continuado, que no hayan sido computados con arreglo a lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 15 del Reglamento de aplicación¹¹⁶. Este aumento se calculará según lo dispuesto por la legislación del Estado miembro con arreglo a la cual se hayan cumplido los períodos de seguro

¹¹⁶ Sobre este particular, véase lo dicho en el epígrafe 1.2. de este capítulo.

voluntario o facultativo continuado". Hemos dicho en diversas ocasiones que las reglas generales de totalización afectan tanto al nacimiento como al cálculo de las prestaciones; realizando un breve resumen recordatorio, sabemos que entre esas reglas generales se encuentran las que prohíben la totalización de períodos superpuestos; también conocemos que cuando coincidan períodos de seguro obligatorio con períodos de seguro voluntario sólo se totalizarán los períodos de seguro obligatorios -art. 15.1 b) del Rgto. 574-. Pero esos períodos de seguro voluntario que no se totalizaron y que, por consiguiente, no sirvieron para el cálculo de la prestación prorrateada deberán tenerse presentes ahora para que la institución bajo cuya legislación se cumplieron incremente la cuantía de la prestación calculada a prorrata con la cuantía que se otorgue en su legislación a la consideración de estos períodos voluntarios.

4.2.3. Períodos de seguro o de residencia inferiores a un año.

El título del apartado que abrimos coincide con el que preside el artículo 48 del Rgto. 1408; con ello hemos tratando de facilitar la identificación de un supuesto muy

específico que puede afectar a las reglas de totalización de períodos cuando ésta entra en juego para la determinación de la cuantía de las prestaciones. Dicho de otro modo, la regulación de los supuestos que vamos a ver supone la admisión en la norma de una excepción a la obligación general de tener que totalizar o considerar los períodos cumplidos en los diferentes Estados de la Unión para el cálculo de las prestaciones, exigencia recogida en el artículo 46.2¹¹⁷. En efecto, podemos señalar como anticipo del contenido de este apartado que el artículo 48 permite a los Estados en los que un trabajador ha cumplido períodos de seguro inferiores a un año, -y que no reconozcan prestaciones por períodos de esta duración-, liberarse de la obligación de sumar, a sus breves períodos de aseguramiento, los cubiertos al amparo de las legislaciones de otros Estados, totalización que podría hacer surgir, a su vez, la obligación de abonar una prestación prorrateada aunque sea de cuantía ínfima.

La admisión de la no totalización de estos períodos requiere, no obstante, la concurrencia de los requisitos que hemos señalado y que exige el citado artículo 48.1. Textualmente, señala el precepto que, "no obstante lo

¹¹⁷ A este respecto, señalaba el Abogado General en el Asunto 49/75, Borella, Rec. 1975, págs. 1461 y ss., que "ello se desprende con evidencia de la referencia al artículo 46, apartado 2 y a este efecto la versión francesa muestra aún más claramente, utilizando la expresión "no obstante", que el artículo 48, apartado 1, conlleva una excepción a la regla planteada por el artículo 46, apartado 2".

dispuesto en el apartado 2 del artículo 46, la institución de un Estado miembro no estará obligada a conceder prestaciones en virtud de períodos cumplidos con arreglo a la legislación que aplique y que deban tomarse en consideración en el momento del hecho causante, cuando:

- la duración de dichos períodos sea inferior a un año,
y
- una vez computados dichos períodos, no se adquiriera ningún derecho con arreglo a lo dispuesto en dicha legislación".

Dos son, por tanto, las condiciones para la aplicación del precepto, "a saber, en primer término, que "la duración total de los períodos de seguro ... no llegue a un año de duración", y, en segundo lugar, que teniendo en cuenta únicamente esos períodos, no se adquiriera ningún derecho a prestaciones en virtud de las disposiciones de la legislación del Estado miembro de que se trate, y de ello se sigue que "este artículo no puede aplicarse cuando el derecho a prestaciones del trabajador migrante o de sus supervivientes se derive de las propias disposiciones de la legislación del Estado miembro de que se trate"¹¹⁸. Por lo que sólo cuando concurren los requisitos exigidos por

¹¹⁸ Sentencia de 20 de noviembre de 1975, asunto 49/75, Borella, Rec. 1975, págs. 1461 y ss.

la norma cabe aplicar la excepción a la regla general de totalización de períodos.

El precepto tiene por objeto simplificar el complejo entramado que supone la gestión de las prestaciones, sobre todo de los trabajadores migrantes. En palabras del Abogado General, en el asunto 49/75, "el costoso dispositivo administrativo de los seguros sociales no se debe poner en funcionamiento cuando se trata únicamente de derechos derivados de períodos de seguro muy breves"¹¹⁹ y la legislación a la que se le obligaría a poner en funcionamiento su maquinaria administrativa no concede prestaciones por períodos de tiempo tan breves. Por el contrario, si de acuerdo con la legislación que aplique la institución competente debe concederse una prestación aunque los períodos cumplidos sean inferiores a un año no se aplicará lo dispuesto en el artículo 48 y deberemos estar a lo previsto en las reglas generales¹²⁰, sólo,

¹¹⁹ Conclusiones del Abogado General en el asunto 49/75, Borelli, Rec. 1975 págs. 1461 y ss., conclusiones en las que además sigue señalando: "pero los límites de esta finalidad no son, de otra parte, menos evidentes: no se trata, lo que hubiera sido inconcebible, de excluir pura y simplemente los derechos a prestaciones para los períodos de seguro breves, es decir, de obstaculizar la liquidación pensiones ínfimas que se encontrarían prácticamente hipotecadas por las tasas postales y los derechos bancarios posteriores al giro de fondos, la citada disposición únicamente se aplica por el contrario a los derechos cuya apertura queda subordinada a la totalización de los períodos de seguro cumplidos en distintos Estados miembros"

¹²⁰ En su sentencia de 9 de diciembre de 1982, asunto 76/82, Malfitano, señaló el Tribunal que "el apartado 1 del artículo 48 del Reglamento nº 1408/71 debe interpretarse en el sentido de que, aunque el trabajador no haya cumplido un período de seguro de un año, la institución competente

reiteramos, cuando la legislación bajo la que se cumplieron no conceda prestaciones por períodos de esta duración el Reglamento permite la no totalización para que el trabajador pueda abrir derecho a prestaciones bajo la misma, con ello se trata de evitar los elevados costes de gestión que puede suponer el reconocimiento y pago de estas ínfimas prestaciones, costes que podrían llegar a ser más elevados que el propio contenido económico de la prestación.

Empero, cuando los períodos de seguro inferiores a un año no den pie a la aplicación de las reglas de totalización en función de la regla expuesta y, por tanto, la institución bajo cuya legislación se cumplieron no conceda prestaciones por ellos, no obstante, decimos, el Reglamento no quiere que esos períodos se pierdan en perjuicio del beneficiario.

En efecto, señala el artículo 48.2 que "la institución competente de cada uno de los demás Estados miembros afectados tendrá en cuenta los períodos señalados en el apartado 1, para aplicar el apartado 2 del artículo 46, a excepción de la letra b)". Esto es, la institución o instituciones bajo cuya legislación el interesado ha cubierto períodos superiores a un año -o períodos

de un Estado miembro está obligada a conceder prestaciones de invalidez si el trabajador ha cumplido la estancia mínima prevista por el derecho nacional para el nacimiento del derecho".

inferiores pero que de ellos se deriven prestaciones- y que, por tanto, en aplicación de las reglas generales, debe totalizar estos períodos ínfimos, deberá hacer "como" suyos estos períodos de breve duración sin que, por tanto, pueda prorratear la prestación teórica que pueda ser calculada teniéndolos en cuenta. Dicho de otra manera, deberá totalizar todos los períodos cumplidos por el interesado para el cálculo de la prestación teórica, incluyendo los períodos a debate cumplidos en otros Estados, pero al determinar la prestación proporcional de la que le corresponde hacerse cargo, -de acuerdo con los períodos cumplidos por el trabajador en su Estado-, no podrá descontar los períodos inferiores a un año por los que el trabajador no vaya a recibir prestaciones en el Estado bajo el que se cumplieron.

La expuesta es la previsión del Reglamento, pero la voluntad de que estos períodos no se pierdan, en ningún caso, en detrimento de los intereses del beneficiario, llevó al Tribunal a ir más allá de lo dispuesto en la norma exigiendo la consideración de estos períodos no solo para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 46.2, esto es, cuando no se tenga derecho a una prestación más que totalizando, sino también en los supuestos en los que se pueda generar una prestación nacional sin necesidad de acudir a la técnica de totalización de períodos. Con esta voluntad, en su sentencia de 18 de febrero de 1982, señalo que, "en virtud del apartado 2 del artículo 48 del

Reglamento (CEE) nº 1408/71, el instituto nacional competente en materia de pensiones de jubilación debe computar los períodos de seguro inferiores a un año cumplidos por el trabajador bajo las legislaciones de otros Estados miembros, incluso si se obtiene el derecho a pensión en aplicación, únicamente, de la legislación nacional"¹²¹.

Podría suceder, también, que el trabajador hubiera cubierto, en todos los Estados en los que llevó a cabo su actividad, períodos inferiores a un año. En estos supuestos, señala el artículo 46.3, "se concederán las prestaciones exclusivamente con arreglo a la legislación del último de estos Estados cuyas condiciones se cumplan, como si todos los períodos de seguro y de residencia cumplidos y computados según los apartados 1 a 4 del artículo 45 se hubiesen cumplido con arreglo a la

¹²¹ Sentencia de 18 de febrero de 1982, asunto 55/81, Vermaut. En exposición doctrinal de esta solución del Tribunal se ha dicho que "de eso se deduce que la institución competente debe calcular el importe de la pensión teórica en base a los períodos cumplidos tanto en el Estado afectado, como en los demás Estados Miembros, y tener así en cuenta períodos de seguro inferiores a un año, cumplidos por el trabajador al amparo de la legislación de otros Estados Miembros, aunque el derecho a pensión se acredite en ellos en virtud tan sólo de la legislación nacional", RAEPENBUSCH, S.V., "La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el Derecho Europeo", opus cit., pág. 583. En la citada resolución del Tribunal, además, se precisa que "un Estado miembro no tiene derecho a exigir al trabajador el pago de las cotizaciones correspondientes a los períodos de seguro previstos en el artículo 48 del Reglamento (CEE) 1408/71 y cumplidos bajo la legislación de otros Estados miembros, ni la transferencia de cotizaciones correspondientes a estos períodos que pudieron pagarse en estos Estados miembros".

legislación de dicho Estado". Con ello, el último Estado al que estuvo vinculado el trabajador y en el que se cumplan las condiciones para tener derecho a una prestación, de acuerdo a lo previsto en su legislación, será el que se haga cargo del resto de períodos inferiores a un año, se pretende, así, dar una oportunidad más al trabajador migrante para que pueda obtener el fruto derivado de los períodos de seguro por el acreditados por escuetos que estos hayan podido ser.

Por último, sólo nos resta por significar que esta disposición, -esto es el artículo 48-, que se ha considerado siempre como beneficiosa para el trabajador, y, quizás por ello, no ha sido discutida, entendiendo, además, que responde a principios de eficacia administrativa, argumentos que en general compartimos, puede traer consigo, no obstante, en algún caso, una merma de los derechos que en aplicación de las reglas generales se derivarían para los posibles pensionistas. Esto es, cuando a un trabajador que, de acuerdo con las reglas generales, se le concedería una prestación prorrateada aún con períodos cortos de seguro y por los cuales el Estado que la concede no reconocería prestación alguna, cuando a ese trabajador, decimos, se le priva de esa prorrata se le está excluyendo, también, de su consideración como pensionista por parte de ese Estado con todas las consecuencias que tal exclusión supone, como por ejemplo, entre otras, la privación de la prestación de asistencia

sanitaria que normalmente suele llevar aparejada la prestación económica de la que se le excluye, por ínfima que pudiera ser la cuantía de esta, protección de asistencia sanitaria que, además, en determinados casos, suele ser más generosa para los pensionistas que para el resto de los asegurados. Evidentemente, por seguir con el ejemplo, el pensionista tendría cubierta su prestación de asistencia sanitaria por la legislación del Estado que le concede la prestación, con lo que las hipotéticas máculas que en los derechos de los interesados podrían surgir, en supuestos muy concretos, se verían compensadas con las obligaciones de asunción de estos períodos por el Estado que finalmente otorga la prestación, sin que ello obvie, no obstante, el que para el interesado pudiera ser más deseable la aplicación de las reglas generales en supuestos concretos, razón que podría servir para abrir la posibilidad de algún tipo de opción por parte del trabajador.

4.2.4. Normas complementarias para la liquidación de prestaciones: la base reguladora en el caso español.

A las que podríamos denominar normas básicas aplicables en la liquidación de prestaciones, reglas que hemos

expuesto en los epígrafes anteriores, acompaña el Reglamento una serie de precisiones, en el artículo 47, que engloba bajo el título de "disposiciones complementarias para el cálculo de las prestaciones", por lo que aquí nos interesa, únicamente cuando entren en juego las reglas de coordinación aplicables a las invalideces tipo B¹²².

Evidentemente no todas las normas, digamos, complementarias que afectan al cálculo de las prestaciones están recogidas en este precepto, a pesar de que, tras la modificación que llevo a cabo el Rgto. 1248/92, se incluyeron en él algunas nuevas que antes estaban dispersas. No contiene el precepto, por ejemplo, las reglas de totalización que hemos estudiado y que influirán, normalmente, en el cálculo de las prestaciones, por lo que bien pudiera otorgarseles también el calificativo de complementarias desde esta perspectiva. No obstante, es cierto que el artículo 47 agrupa las más importantes cláusulas que de modo directo inciden sobre las que hemos denominado reglas básicas para el cálculo de las

¹²² En este sentido señaló el Tribunal "que las hipótesis previstas en el apartado 1 del artículo 47 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 no comprenden el supuesto de un régimen de prestaciones de invalidez según el cual el importe de las prestaciones es independiente de la duración de los períodos de seguro y que, para calcular la pérdida de salario, se basa, en primer lugar, en el salario percibido por el interesado en esta profesión inmediatamente antes de sobrevenirle la incapacidad para el trabajo, o bien en el salario medio percibido por aquél durante un determinado número de días (que no debe situarse más allá de dos años antes de la producción de la incapacidad para el trabajo)", sentencia de 29 de noviembre de 1984, asunto 181/83, Weber, Rec. 1984, págs. 4007 y ss.

prestaciones, alguna de las cuales ha dado pie a una numerosa jurisprudencia en nuestro Estado sobre el problema que, para mayor claridad, podemos denominar del cálculo de la base reguladora de nuestras prestaciones cuando estas se reconocen en aplicación de los Reglamentos comunitarios.

Tras la reforma del artículo 47 que hemos apuntado, el número 1 del precepto incluyó dos nuevas letras, la a) y la b), referidas, la primera, al límite de períodos a totalizar cuando la duración total de estos es superior a la máxima exigida por la legislación Estatal para la concesión de una prestación completa, y, la segunda, remite al Reglamento de aplicación, esto es al Rgto. 574, la regulación que ha de regir el cómputo de períodos superpuestos. A ambos asuntos nos hemos referido ya, por lo que ahora sólo nos queda remitirlos a lo que dijimos en su momento¹²³.

Las restantes letras del artículo 47.1, recogen una serie de reglas que sirven para coordinar las disposiciones nacionales que puedan existir sobre cómo computar los salarios, ingresos, cotizaciones, etc, percibidos por un trabajador y su incidencia en el cálculo de las prestaciones. Resumidamente, podríamos decir que cuando la legislación que aplique la institución competente disponga que el cálculo de la prestación se establezca de acuerdo

¹²³ Véase a este respecto lo dicho en los apartados 1.2 y 3.1.1 de este capítulo.

con un ingreso medio, una cotización media o la relación entre los ingresos brutos de todos los asegurados, con excepción de los aprendices¹²⁴, o bien, de acuerdo con el importe de los ingresos percibidos, las cotizaciones o los incrementos pagados¹²⁵, o bien, de acuerdo con un ingreso o una suma a tanto alzado¹²⁶, o bien, de acuerdo con el importe de los ingresos percibidos, para determinados

¹²⁴ Establece el artículo 47.1., letra c), "la institución competente de un Estado miembro cuya legislación disponga que el cálculo de las prestaciones se efectúe a partir de unos ingresos medios, una cotización media, un aumento medio o atendiendo a la relación que haya existido, durante los períodos de seguro, entre los ingresos brutos del interesado y la media de los ingresos brutos de todos los asegurados, exceptuados los aprendices, determinará dichas cifras medias o proporcionales únicamente atendiendo a los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación de dicho Estado o de los ingresos brutos percibidos por el interesado únicamente durante dichos períodos".

¹²⁵ Señala el artículo 47.1, letra e), que "la institución competente de un Estado miembro cuya legislación disponga que el cálculo de las prestaciones se efectúe atendiendo a la cuantía de los ingresos, las cotizaciones o los aumentos determinará los ingresos, las cotizaciones o los aumentos que habrán de tomarse en consideración en virtud de los períodos de seguro o de residencia cumplidos bajo las legislaciones de otros Estados miembros, atendiendo a la media de los ingresos, las cotizaciones o los aumentos que correspondan a los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación que aplique dicha institución".

¹²⁶ El artículo 47.1, letra e), establece que "la institución competente de un Estado miembro cuya legislación disponga que el cálculo de las prestaciones se efectúe atendiendo a unos ingresos o cuantía a tanto alzado considerará que los ingresos o la cuantía que habrán de tomarse en consideración en virtud de los períodos de seguro o de residencia cumplidos bajo la legislación de otros Estados miembros son iguales a los ingresos o cuantías a tanto alzado o, en su caso, a la media de los ingresos o cuantías a tanto alzado que correspondan a los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación que aplique dicha institución".

períodos, en razón de un ingreso o suma a tanto alzado¹²⁷, o, por último, atendiendo a una base de cotización media¹²⁸, "como norma general, dicha institución computará, en razón de los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo las legislaciones de otros Estados miembros, los elementos que hay que utilizar en función de los períodos cubiertos bajo la legislación que aplica"¹²⁹, esto es, será la legislación que aplica la institución competente la que determinará el concreto

¹²⁷ Señala el artículo 47.1, letra f), que "la institución competente de un Estado miembro cuya legislación disponga que el cálculo de las prestaciones se efectúe, para ciertos períodos, atendiendo a la cuantía de los ingresos y, para otros períodos, atendiendo a unos ingresos o cuantías a tanto alzado tendrá en cuenta, en virtud de los períodos de seguro o de residencia cumplidos bajo las legislaciones de otros Estados miembros, los ingresos o las cuantías, determinados según los dispuesto en las letras d) o e) o la media de dichos ingresos o cuantías, según cada caso; cuando, para todos estos períodos cumplidos bajo la legislación que aplique dicha institución, se efectúe el cálculo de las prestaciones sobre unos ingresos o cuantías a tanto alzado, dicha institución considerará que los ingresos que hay que tener en cuenta en virtud de los períodos de seguro o de residencia cumplidos bajo legislaciones de otros Estados miembros son iguales a los ingresos ficticios correspondientes a estos ingresos o cuantías a tanto alzado".

¹²⁸ Señala el artículo 47.1, letra g), que "la institución competente de un Estado miembro cuya legislación disponga que el cálculo de las prestaciones se efectúe atendiendo a una base de cotización media, determinará dicha base media en función, únicamente, de los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación de dicho Estado". Aunque sobre el contenido de esta letra volveremos reiteradamente a lo largo de la exposición de este apartado, por razones metodológicas hemos considerado oportuno reproducirla también aquí.

¹²⁹ COMISION EUROPEA, "Recopilación de disposiciones comunitarias en materia de Seguridad social" -1986-, opus cit. pág. 333.

contenido que debe darse a los elementos que toma cada Estado para el cálculo de las prestaciones¹³⁰.

Llegados a este punto, y antes de seguir con la exposición que pretendemos, es necesario abrir un paréntesis para realizar dos precisiones que nos servirán para aportar mayor claridad a la exposición subsiguiente. Primera, el último punto dentro del resumen de supuestos expuesto fue la letra e) del artículo 47.1 hasta que el precepto se vio modificado por el Rgto. 1248/92 momento en el que pasó a ocupar la actual letra g), aunque con idéntico contenido que la anterior letra e). Segunda, la letra e) fue añadida al precepto por el Anexo I, Parte VIII, del Acta de Adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a las entonces Comunidades Europeas¹³¹.

Dicho esto, debemos continuar indicando que la

¹³⁰ Elementos que deberán ser revalorizados cuando proceda, señala a este respecto el artículo 47.2 que "las reglas de la legislación de un Estado miembro relativas a la revalorización de los elementos tomados en consideración para el cálculo de las prestaciones se aplicarán en su caso, a los elementos considerados por la institución competente de dicho Estado, según lo dispuesto en el apartado 1, con arreglo a los períodos de seguro o de residencia cumplidos de acuerdo con las legislaciones de otros Estados miembros".

¹³¹ B.O.E. de 1 de enero de 1986. Un análisis de los efectos derogatorios del Acta de Adhesión de España y Portugal sobre los convenios bilaterales suscritos por España en materia de Seguridad Social en MARTINEZ GIRON, J., "Alcance de la derogación por el Derecho comunitario de los Convenios de Seguridad Social suscritos entre España y otros países miembros de la CEE", AL, nº44; 1989.

aplicación de esta regla comunitaria a nuestra legislación o, en otras palabras, la coordinación de nuestra legislación con este precepto, ha planteado uno de los problemas más recurrentes en nuestra jurisprudencia, cuestión que, como veremos, si bien puede tener una moderada trascendencia teórica desde el punto de vista de la coordinación comunitaria, goza, no obstante, de una indudable importancia práctica para nuestros trabajadores migrantes¹³².

El problema se plantea cuando para calcular una prestación al amparo de los Reglamentos comunitarios todos o algunos de los meses que se han de tomar en cuenta para el cálculo de nuestra base reguladora se han trabajado en algún país comunitario y, por consiguiente, no se cotizó en nuestro Estado. Esto es, la duda va a surgir cuando el trabajador no tiene cumplidas en nuestro Estado ninguna o no tiene todas las cotizaciones exigibles por nuestra legislación durante el período normalmente tenido en cuenta para el cálculo de la base reguladora, pero, sin embargo, durante ese período estuvo trabajando en algún país miembro de la Unión Europea en el que, por el contrario, acredita haber percibido salarios y haber cotizado por ellos.

¹³² Siendo uno de los problemas de mayor trascendencia práctica con los que se han enfrentado nuestros Tribunales, como señala DESDENTADO BONETE, A. en "La Seguridad Social de los trabajadores migrantes de la Unión europea en la unificación de doctrina", Noticias de la Unión Europea, nº 157; febrero 1998; pág. 89.

Sin ánimo de agotar la problemática que plantea el asunto con una exposición pormenorizada de la cuestión que, sin duda, desbordaría los límites de este estudio y desequilibraría el contenido global de la obra, debemos comenzar señalando, por un lado, que el asunto echó raíces en normas pre comunitarias¹³³ y, por otro, que ha recibido soluciones jurisprudenciales diversas y aún no consolidadas.

Salvada la duda inicial que tuvieron nuestros tribunales sobre cuál de las letras del artículo 47 era la aplicable a nuestra legislación y siendo hoy generalmente aceptado que la regla a tener en cuenta es la contenida en la citada letra g)¹³⁴, nuestra jurisprudencia más

¹³³ En efecto, tiene sus orígenes en la interpretación del artículo 25.1.b) del convenio bilateral suscrito, en materia de Seguridad Social, entre España y la entonces República Federal Alemana y que rigió las relaciones entre ambos Estados antes de la entrada en vigor de los Reglamentos. Sin entrar en el análisis de su acierto o desacierto, aunque optando por esta última postura, debemos señalar que, en doctrina reitera, el Tribunal Supremo entendió, en aplicación del citado convenio, que cuando aparecieran períodos sin cotizar en nuestro Estado, meses comprendidos dentro del período a tener en cuenta para el cálculo de la base reguladora, y durante estos meses se hubiera trabajado en Alemania y obtenido un salario que superara las bases máximas de la categoría profesional aplicable al caso, sería esa base máxima la que habría que tener en cuenta para el cálculo de la base reguladora de nuestra prestación, por todas, STS de 11.11.1986.

¹³⁴ Aunque es generalmente aceptado que la letra a aplicar es la g), antes e), el tema siempre ha planteado dificultades. Por ejemplo, nuestro Tribunal Supremo en la primera sentencia de unificación de doctrina dictada en esta materia (sentencia de 25.2.1992) señalaba, en su fundamento jurídico sexto, que "es claro que la legislación española está comprendida en el apartado e)". En este caso, además de otras cuestiones, el recurrente había planteado cuál debía ser la letra aplicable en nuestro Estado

consolidada interpretó y aplicó esta letra entendiendo que lo que ella supone es que para resolver el problema planteado hay que acudir a la base media de cotización de la categoría profesional del trabajador aplicable en el caso concreto, solución conocida abreviadamente como de las

teniendo en cuenta las concretas previsiones de nuestra legislación. Para el Tribunal "es claro" que la letra e) es la aplicable, al menos eso dice en un primer momento, no obstante, y en el mismo fundamento jurídico, esa claridad se desdibuja cuando afirma que "decidir si el supuesto español se incardina en ese apartado e), o si, por contra, se encuentra incluido en el b), como pretendía el recurrente, o incluso en el c), supone tan solo, como se ha dicho en alguna ocasión, una precisión técnico-jurídica que 'no entraña apenas diferencia de contenido'". En el último párrafo del fundamento de derecho séptimo volverá sobre el tema, a pesar de que había dicho que es claro que se aplica la letra e), para señalar "que aún cuando se admitiese, como mera hipótesis, que el apartado del artículo 47.1 del Reglamento comunitario 1408/71 que comprende a la legislación española es el apartado b) la solución a que se llegaría sería la misma" que aplicando la letra e) "y lo mismo sucede si la hipótesis admitida es la de incluir la legislación española en el apartado c)", porque en los tres apartados "lo que se ha de computar, para determinar la referida 'cuantía teórica' de la prestación es la base de cotización media (apartado e), o los ingresos, cotizaciones o incrementos (apartado b), o los ingresos o suma a tanto alzado (apartado c), pero siempre los que correspondan 'a los períodos de seguro cubiertos bajo la legislación' que se aplique". Ambigüedad de esta doctrina que, por ejemplo, llevó a decir al TSJ-Extremadura -sentencia de 7.6.1993- que "con respecto a la base reguladora de la prestación comunitaria -estando conforme con la reflexión del Tribunal Supremo en su sentencia de 25.2.1992, sobre la indiferencia de elegir entre los apartados b), c), d) y e) del art. 47 del Reglamento- esta Sala estima que el precepto aplicable es el apartado b) del art. 47".

En cualquier caso, y a pesar de las dudas teóricas que puedan subsistir, el Tribunal de Justicia de la Comunidad en su sentencia de 12 de septiembre de 1996, asunto 251/94, Lafuente Nieto, ha resuelto que "la letra e) del apartado 1 del artículo 47 ... hace referencia a un régimen de cálculo de las prestaciones por invalidez fundado en una base media de cotización como el previsto por la legislación española".

bases medias¹³⁵, y ello por entender que lo que el precepto comunitario ordena es "estar a la base media de cotización, que en España habrá que entender como la media aritmética entre las bases mínima y máxima fijada cada año para un trabajador de la misma categoría durante el período tomado en cuenta para el cálculo de la base reguladora"¹³⁶.

Sin embargo, esta doctrina continuó suscitando conflictos jurídicos básicamente porque los interesados, como es lógico, continuaron solicitando que se aplicara la que podemos llamar doctrina de las bases máximas, surgida de la interpretación del anterior convenio Hispano-alemán, interés que ahora apoyaban en el principio de libre circulación de trabajadores que entendían violado si la institución española no reconocía, para el cálculo de la prestación, los salarios percibidos en el extranjero lo que suponía un perjuicio para los trabajadores migrantes.

Este reiterado combate jurídico, sostenido en buena medida porque la Administración española defendía la tesis

¹³⁵ Por ejemplo, STS de 25.2.1992; 3.5.1994 o 27.3.1995, esta última dictada en Sala General que sentenció que "la base reguladora habrá de calcularse ... acudiendo a la media aritmética de las bases de cotización máximas y mínimas establecidas en España cada año y durante el período elegido para un trabajador de la misma categoría que la que desempeñaba el actor".

¹³⁶ STSJ-Galicia de 18 de abril de 1991, sentencia que confirmó el Tribunal Supremo en la citada de 25.2.1992, primera dictada en casación para unificación de doctrina en esta materia, como dijimos.

de que los meses en blanco en España debían ser completados con las bases mínimas de cotización aplicables en cada caso, utilizando la técnica nacional de la integración de lagunas, lo que hacía que los particulares acudieran a los tribunales solicitando la aplicación de las bases máximas en espera de, al menos, obtener de estos la bases medias, esta confrontación, decimos, dio pie al planteamiento ante el Tribunal de Justicia de varias cuestiones prejudiciales de entre las cuales destacaremos por su importancia, quizás por ser la primera¹³⁷, la cuestión prejudicial nº 251/94,

¹³⁷ Además de la cuestión prejudicial resuelta por la sentencia Lafuente Nieto y de la que planteo el Tribunal Supremo, a la que haremos referencia más adelante, se plantearon al Tribunal las cuestiones 31/96, 32/96 y 33/96, todas ellas resueltas conjuntamente en sentencia de 9 de octubre de 1997. En ella el Tribunal básicamente se pronuncia en el mismo sentido que en el asunto Lafuente señalando que "la letra e) del apartado 1 del artículo 47 ... implica que ... el cálculo de la base media de cotización se funda sólo en el importe de las cotizaciones realmente pagadas con arreglo a la legislación de que se trata y que la cuantía teórica de la prestación así obtenida será debidamente revalorizada y aumentada como si los interesados hubiesen seguido ejerciendo su actividad en las mismas circunstancias en el Estado miembro de que se trata". Sin embargo, esta nueva resolución introduce una nueva precisión al señalar que "no obstante, en el caso de que la aplicación de esta disposición así interpretada resulte, para los trabajadores que antes de la entrada en vigor del Reglamento en ese Estado miembro ya ejercían sus actividades asalariadas en otro Estado miembro, menos favorable que la de un Convenio anterior celebrado con este último Estado, el órgano jurisdiccional competente debe, con carácter de excepción, aplicar las reglas establecidas por el referido Convenio". Sin pretender agotar la extensa problemática el asunto plantea desde el plano comunitario, este último inciso de la sentencia supone la aplicación a esta cuestión de la doctrina establecida por el Tribunal en su sentencia Rönfeldt (sentencia de 7.2.1991, asunto 227/89), doctrina matizada después en la sentencia Thévenon (sentencia de 9.11.1995, asunto 475/93); estractadamente esta doctrina entiende que los Reglamentos comunitarios sustituyen a los anteriores convenios bilaterales, para los trabajadores que estuvieron sujetos a ellos, en tanto en cuanto estos convenios no contengan cláusulas más

Lafuente Nieto, cuestión que se resolvió en sentencia de 12 de septiembre de 1996 en la que el Tribunal comunitario ha indicado que "la letra e) del apartado 1 del artículo 47 del Rgto. 1408, ..., interpretada conforme al objetivo fijado por el artículo 51 del Tratado CEE, actualmente CE, implica que ... el cálculo de la base media de cotización se funda únicamente en el importe de las cotizaciones pagadas con arreglo a la legislación de que se trata y que la cuantía teórica de la prestación así obtenida debería ser adecuadamente revalorizada y aumentada como si el interesado hubiese seguido ejerciendo su actividad en las mismas circunstancias en el Estado miembro de que se trata".

Antes de comentar este fallo, hay que indicar que el Rgto. 1248/92, con posterioridad a los hechos que dieron pie a la cuestión prejudicial pero con anterioridad a que se dictara la referida sentencia, introdujo en el Rgto. 1408, Anexo VI, letra D, un punto 4 con la intención de clarificar la aplicación de los Reglamentos en este punto. El citado punto 4 textualmente señala:

"a) En aplicación del artículo 47 del Reglamento,

favorables para los trabajadores. Parece, sin embargo, que esta precisión del Tribunal no supondrá un cambio de rumbo en la orientación que actualmente tiene el debate sobre la cuestión por cuanto nuestro Tribunal Supremo, al que en su momento se solicitó el que planteara una cuestión prejudicial en función de la doctrina Rönfeldt y la anterior interpretación del convenio hispano-alemán, entendió que tal doctrina no cabía aplicarla en nuestro ordenamiento por cuanto el citado convenio no reconocía mejores derechos que los Reglamentos comunitarios (vid como más significativas las SSTs de 15.10.1993 y 4.1.1994).

el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales del asegurado, durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la seguridad social española.

b) La cuantía de la pensión se incrementará con arreglo al importe de los aumentos y revalorizaciones calculados para cada año posterior y hasta el año anterior al hecho causante, para las pensiones de la misma naturaleza"¹³⁸.

Dada la oscuridad del precepto reglamentario es fácil entender que nuestros tribunales hayan dudado en su interpretación, aunque digámoslo también, no es sencillo

¹³⁸ El Reglamento 1248/92 introdujo en el Rgto. 1408 un artículo 95 bis sobre disposiciones transitorias para la aplicación del Reglamento 1248/92. Mediante la cuestión prejudicial C-307/96 se solicitó al Tribunal de Justicia que dilucidará si el citado precepto se opone a que la institución competente de un Estado miembro aplique de oficio las reglas de cálculo contenidas en dicho Reglamento modificativo, en detrimento del interesado, cuando éste ha obtenido, antes de su entrada en vigor el 1 de junio de 1992, la liquidación de una pensión de invalidez de conformidad con las disposiciones del Reglamento nº 1408 aplicables antes de dicha fecha, y la decisión relativa a la citada pensión ha sido objeto de una rectificación posterior al 31 de mayo de 1992. En sentencia de 25 de septiembre de 1997, Baldone, Rec. 1997, pág. 5133, el Tribunal ha respondido señalando que el citado precepto "se opone a que la institución competente de un Estado miembro aplique de oficio las reglas de cálculo contenidas en dicho Reglamento modificativo, en detrimento del interesado" en estos supuestos. La aplicación del precepto "está subordinada a una solicitud expresa del interesado" (apartado 16). Doctrina que sigue la fijada en sentencia de 13 de octubre de 1976, Saieva, asunto 32/76, Rec. 1976, pág. 1523.

entender de donde salió la solución de las bases medias¹³⁹. Pero tampoco el Tribunal comunitario se ha salvado de entrar en el reino de la oscuridad al interpretar este precepto en relación con nuestra legislación, normativa que seguramente le resulta lejana en sus detalles.

En efecto, el Tribunal de Justicia parece que tiene claro, a lo largo de su sentencia, que el Reglamento prevé una remisión a la legislación interna, para que el problema se solucione ajustándose a sus previsiones, sin que esa remisión suponga violar los objetivos del Tratado. Bajo esa consideración general, también parece que no le cabe duda

¹³⁹ En efecto, la oscuridad del precepto es evidente. Repitiendo la regla, textualmente señala: "La institución competente de un Estado miembro cuya legislación disponga que el cálculo de las prestaciones se efectúe sobre una base de cotización media, determinará dicha base media en función únicamente de los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación de dicho Estado".

En primer lugar, el precepto relaciona una "base de cotización media" con "períodos de seguro", cuando parece evidente que son dos conceptos diferentes, siendo quizás más lógico relacionar, si acaso, base de cotización media con bases de cotización reales.

En segundo lugar, habla de "base de cotización media" cuando en nuestra legislación la base reguladora de las pensiones no es exactamente una base de cotización media sino el resultado de una formula de cálculo que, podríamos admitir, tiene como resultado un promedio de bases de cotización pero no una base media matemáticamente hablando; por ejemplo, sin fundamentación lógico matemática, se actualizan unos meses si y otros no, igualmente los meses "en blanco", dependiendo del Régimen, se integran con bases mínimas con el ánimo de no perjudicar al trabajador.

En tercer lugar, y por concluir, parece claro, no obstante, que en la regla comunitaria hay una remisión a la legislación interna para el cálculo de la base reguladora o "base de cotización media", si existe esa remisión a nuestra legislación ya no es tan claro de donde han sacado nuestros tribunales la doctrina de las bases medias en ningún supuesto prevista en nuestro ordenamiento.

de que para resolver la concreta cuestión se le ha planteado se ha de estar, por tanto, a las cotizaciones efectuadas en nuestro Estado. Sin embargo, entendemos, titubea en la formula que debe utilizarse para actualizar esas cotizaciones, o el contenido económico de los derechos que se derivan de las mismas, para que el interesado no vea mermados sus derechos. Comienza rechazando la posibilidad de utilizar una base mínima para tal fin, -quizás sin conocer que, en aplicación de nuestra legislación, una base lejana en el tiempo, aun actualizada, puede ser inferior a una base mínima cercana-, para inclinarse por entender, con una interpretación racional aceptable, que deben tenerse en cuenta las cotizaciones realmente pagadas en aplicación de nuestra legislación, cotizaciones "cuyo importe debe ser actualizado y revalorizado, de manera que corresponda al que el interesado habría pagado efectivamente si hubiera seguido ejerciendo su actividad en las mismas circunstancias en el Estado miembro de que se trata"¹⁴⁰. Esto es, el Tribunal considera que para el cálculo de la base reguladora de nuestras prestaciones debe estarse a las cotizaciones que realmente abonó el interesado a nuestra legislación, cotizaciones que deberán ser actualizadas como si el interesado "hubiera seguido ejerciendo su actividad" en nuestro Estado.

Dada esta solución, en el punto siguiente de su sentencia, señala el Tribunal que su interpretación "se ve

¹⁴⁰ Punto 40 de la sentencia.

confirmada por las nuevas disposiciones introducidas por el Reglamento 1248 en el punto 4 de la letra D) del Anexo VI del Reglamento 1408", afirmación que hace que vuelva a reavivarse la confusión. El despiste ahora se origina en la formula que deba utilizarse para actualizar las prestaciones que deban abonarse, por que, no obstante la afirmación del Tribunal, el sistema al que él parece referirse en su sentencia no es el mismo que el que se contiene en el nuevo punto del Anexo VI citado. Esquemáticamente, el Tribunal se refiere a una revalorización o actualización de las cotizaciones realmente abonadas como si el trabajador hubiera seguido ejerciendo su actividad, por el contrario, el Reglamento establece una actualización de la prestación, -calculada ficticiamente en la última fecha en que cotizó en nuestro Estado-, al momento en el que debe abonarse, revalorización que se ajustará a la establecida para las pensiones de la misma naturaleza¹⁴¹.

Es posible que la solución del Tribunal surja del conocimiento de que en varios Estados europeos las prestaciones se actualizan de acuerdo a índices de referencia asentados sobre los incrementos salariales de los trabajadores en activo y no en relación con el Índice

¹⁴¹ Textualmente, señala el Anexo VI, letra D, punto 4 b), que "la cuantía de la pensión se incrementará con arreglo al importe de los aumentos y revalorizaciones calculados para cada año posterior y hasta el año anterior al hecho causante, para las pensiones de la misma naturaleza".

de Precios al Consumo tenido en cuenta en nuestro Estado, en cualquier caso, esta interpretación ha llevado a nuestro Tribunal Supremo ha plantear al Tribunal de Justicia una nueva cuestión prejudicial para que éste aclare si la formula de cálculo y revalorización de la prestación introducida en el Anexo VI del Reglamento es ajustada al Tratado¹⁴², fórmula que él considera contraria porque es dudoso que no imponga al trabajador "migrante un trato más desfavorable que el que hubiese obtenido de permanecer en activo y cotizando en España en las mismas circunstancias".

De alguna forma se trasluce en el Auto del Tribunal Supremo, que la teoría de las bases medias, acogida por él en unificación de doctrina, es, a su juicio, la menos

¹⁴² En concreto, el Tribunal Supremo, mediante Auto de 17 de marzo de 1997 ha resuelto plantear al "al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea la siguiente cuestión prejudicial:

A) Si debe considerarse contrario a los artículos 48 y 51 del Tratado de la Comunidad Europea el sistema de cálculo establecido en el Anexo VI.D.4 del Reglamento 1408/71 en la redacción del Reglamento 1248/1992, sistema según el cual la pensión teórica española se determina de acuerdo con las bases por las que el trabajador cotizó durante el período de cómputo inmediatamente anterior al pago de la última cotización a la Seguridad social española con revalorización de la pensión teórica resultante en los mismos términos que, de acuerdo con la legislación nacional española, lo hubiere sido una pensión causada en el momento en que se abonó la última cotización en España, y

B) Si, para garantizar la igualdad de trato del trabajador migrante en materia de Seguridad social, la base reguladora de la pensión española debe calcularse a partir de las bases por las que el trabajador migrante hubiera cotizado de haber permanecido en España durante el período de cómputo anterior al hecho causante que con carácter general establece la legislación española."

perjudicial para el trabajador migrante y la más ajustada a las previsiones comunitarias, solución que quizás es la que pretende defender con el planteamiento de la cuestión y que pudiera entenderse quebrada por la sentencia Lafuente¹⁴³. En apoyo de su postura ha señalado, además, que la comparación de los migrantes con los trabajadores que no emigraron, para aplicarles a los primeros las reglas de los segundos en aplicación de los Reglamentos, es, a su juicio, arbitraria, lo cual, como veremos, no es decir nada y mucho menos que sea una comparación en la que los trabajadores migrantes salgan perjudicados en todo caso.

Desde nuestro punto de vista, y en espera de nuevos

¹⁴³ Aunque en el tercer párrafo del fundamento de derecho cuanto, del citado Auto, el Tribunal señala que la duda que plantea al Tribunal comunitario "no se refiere a si deben utilizarse las bases medias de cotización como elemento de actualización, pues la selección a este elemento es un problema de Derecho interno", afirmación que, si es correcta, debería ser extensible a cualquier sistema de cálculo de bases medias, mínimas o máximas, no obstante esto, si deja deslizar que el sistema de bases medias "permite obtener una actualización plena y sobre bases objetivas, pues, ante la imposibilidad práctica de reconstruir los elementos de carrera de seguro en España, la base media refleja un importe ponderado que se ajusta a la retribución del trabajador medio del correspondiente grupo profesional, eliminando así el tratamiento peyorativo que para el trabajador migrante supone la suplicación de las bases anteriores a la emigración, pero evitando también que la consideración del elemento extranjero (los salarios del país de emigración) repercuta en un importe de la base reguladora notablemente superior al que corresponde a los trabajadores del grupo profesional que han mantenido su carrera de seguro en España". Matización, esta última difícilmente comprensible porque aunque fuera la base máxima del grupo esta no parece notablemente superior pues por ella han podido ellos también cotizar. En sentido similar al del Tribunal Supremo RIOS SALMERON, B., "Reglamentos comunitarios y pensión de invalidez (nota de urgencia a la STJCE de 12 de septiembre de 1996, caso Lafuente", AL nº 1, enero 1997, pág. 15.

pronunciamientos jurisprudenciales, entendemos que la solución más ajustada al problema planteado fue la inicial de considerar las bases mínimas a la hora de completar los períodos no cotizados en nuestro Estado. Tal vez la denominación de "mínimas" tenga una carga peyorativa, como hemos dicho, que le pudo hacer rechazable, pero, en definitiva, supone completar con una cotización ficticia un período no cotizado con la ventaja que a la hora de calcular una prestación tiene tanto para el trabajador no migrante como para el migrante. No debe olvidarse que al trabajador comunitario migrante, en aplicación de las normas de coordinación, se le van a totalizar períodos cumplidos en otros Estados, y se le van a exportar prestaciones, tanto económicas como sanitarias, además de aplicarle todo el resto de reglas que hacen que, en definitiva, tenga innumerables ventajas con respecto a otros trabajadores que emigran a Estados con los que no existen siquiera convenios bilaterales o, incluso, con respecto a trabajadores que emigran a Estados donde existen estos convenios, pues todos ellos construyen una coordinación inferior a los de los Reglamentos, e incluso en varios de ellos, en este punto en concreto, está previsto que se considere la base mínima¹⁴⁴. Pero es más,

¹⁴⁴ Previsión contenida en casi todos los últimos convenidos suscritos por España, por ejemplo, en el artículo 21.A.3 del Convenio hispano-brasileño (de 16.5.1991, BOE de 15.1.1996) se dice en aquellos supuestos en los que no fuera posible, por su antigüedad, determinar las bases de cotización del trabajador, la base reguladora se establecerá de acuerdo con la legislación española y teniendo en cuenta, para los períodos de seguro acreditados en Brasil, la base mínima de cotización vigente durante

si ya considerar la base mínima está suponiendo reconocer ficticiamente unas cotizaciones que no se hicieron, con el reverso de que nuestro sistema deberá de responder de las prestaciones calculadas en su aplicación, el reconocer las bases medias o máximas implica que la carga financiera para nuestro Estado será más elevada todavía sin la correspondiente contraprestación contributiva, y ello teniendo en cuenta, así mismo, que durante esos períodos los trabajadores afectados estuvieron cotizando en otros Estados, cotizaciones por las que generaran la correspondiente prestación, ventaja que no tienen los trabajadores nacionales con períodos en blanco.

En definitiva, si no son las mismas las consideraciones que llevarían a aplicar la institución de la integración de lagunas a los trabajadores que no han emigrado, los cuales no recibirán más que la prestación española, que a los migrantes, que recibirán otra prestación por esos períodos que aparecen sin cotizar en nuestro Estado, si no son las mismas, decimos, el no aplicarles la citada figura no debe suponer, además, una ventaja añadida al integrarles las lagunas no con bases mínimas sino con bases más

dichos períodos para los trabajadores de la misma categoría profesional que hubiera ostentado en último lugar en España dicho trabajador"; idéntica previsión en el artículo 15.2 del Convenio con Estados Unidos (de 30.9.1986, BOE de 29.3.1988). Algunos otros de los últimos convenios recogen una fórmula idéntica a la contenida ahora en el Anexo VI del Reglamento 1408, por ejemplo, el convenio hispano-mexicano (de 25.5.1994, BOE de 17.3.1995) en su artículo 10.2.A) o el convenio entre España y la Federación Rusa (de 11.4.1994, BOE de 24.2.1996) en su artículo 12.2.

elevadas.

4.3. Pensiones mínimas: complemento del artículo 50.

Cuando la carrera de seguro del trabajador ha sido corta y solo ha podido obtener derecho a las prestaciones, -en virtud de las legislaciones de los Estados miembros a los que ha estado sometido-, mediante el cómputo de todos los períodos de seguro y el consiguiente prorrateo, puede ocurrir que el importe total de las prestaciones debidas por todos los Estados obligados no alcance la cuantía mínima que pueda estar prevista en la legislación de uno o de varios de ellos¹⁴⁵. Para tratar de evitar esta posibilidad, el complemento previsto en el artículo 50 del Rgto. 1408 "pretende elevar la cuantía de las prestaciones abonadas al interesado hasta la cuantía mínima prevista en la legislación del Estado donde resida, cuando se cumplan las condiciones para la concesión de este mínimo, teniendo

¹⁴⁵ En este sentido señaló el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 30 de noviembre de 1977, asunto 64/77, M. Torri, que "el artículo 50 se refiere a los casos en los que las carreras del trabajador en virtud de las legislaciones de los Estados a las que ha estado sometido han sido relativamente breves, de forma que el importe total de las prestaciones debidas por dichos Estados no alcanza un nivel de vida razonable", fundamento de derecho nº 5.

en cuenta todos los períodos de seguro"¹⁴⁶.

En efecto, con esa intención de elevar la cuantía global de las prestaciones que perciba el trabajador hasta igualarla con la cuantía de la prestación mínima que pueda garantizar el Estado en el que resida, señala el artículo 50 del Rgto. 1408 que "el beneficiario de las prestaciones al que le haya sido aplicado el presente capítulo no podrá percibir, en el Estado en cuyo territorio resida y con arreglo a la legislación por la que se le deba una prestación, en concepto de prestaciones una cuantía inferior a la de la prestación mínima fijada por dicha legislación para un período de seguro o de residencia igual al conjunto de los períodos computados para la liquidación según lo dispuesto en los artículos precedentes. En tal caso, la institución competente de dicho Estado le abonará, durante todo su período de residencia en su territorio, un complemento igual a la diferencia entre la suma de las prestaciones debidas en virtud del presente capítulo y la cuantía de la prestación mínima".

La redacción del precepto requiere algunas precisiones. En primer lugar, el precepto se aplica a las prestaciones que hayan sido calculadas en aplicación de las reglas contenidas en el capítulo III del Rgto. 1408, capítulo en el que se encuadra el mencionado artículo 50. Esto supone

¹⁴⁶ "Recopilación de disposiciones comunitarias sobre Seguridad social" (1986), opus cit, pág. 335.

que, por tanto, solo afectará, por lo que aquí nos interesa, a las prestaciones de invalidez calculadas en aplicación de las reglas de la invalidez tipo B y, por ello, no será aplicable en el caso de las prestaciones calculadas exclusivamente en aplicación de las reglas de la invalidez tipo A, a estas le afectarán directamente las cláusulas establecidas al respecto en la legislación que aplique la institución competente. En segundo lugar, el precepto sólo entra en juego cuando en la legislación del Estado en cuyo territorio resida el interesado esté prevista la concesión de los que, utilizando terminología de nuestra legislación, podemos denominar complementos por mínimos; en palabras del Tribunal de Justicia, "el artículo 50 del Reglamento del Consejo 1408 sólo puede aplicarse en los casos en los que la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida el trabajador reconozca una pensión mínima"¹⁴⁷, prestación mínima que únicamente cabe entender que existe cuando la cuantía que esta asegura es más elevada que las "prestaciones a las que podría tener derecho [el trabajador] en función, exclusivamente, de sus períodos de afiliación y de sus cotizaciones"¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Sentencia de 30 de noviembre de 1977, asunto 64/77, M. Torri.

¹⁴⁸ Sentencia de 17 de diciembre de 1981, asunto 22/81, Browning, en la que el Tribunal resolvió que "el artículo 50 ... debe interpretarse en el sentido de que sólo hay 'prestación mínima' cuando la legislación del Estado de residencia prevé una garantía específica, que tiene por objeto asegurar a los beneficiarios de prestaciones de seguridad social una renta mínima superior al nivel de prestaciones a que podrían tener derecho en función, únicamente, de sus períodos de afiliación y de sus cotizaciones".

Es imprescindible, así mismo, que el trabajador resida en el territorio del Estado que concede el complemento, lo que supone que si deja de residir en ese Estado este se verá librado de la obligación de su pago, o lo que es lo mismo, el complemento del artículo 50 no es exportable porque no forma parte de la prestación o prestaciones que percibe el beneficiario.

Por último, dentro de las puntualizaciones anunciadas, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del Rgto. 1408, cada Estado deberá notificar las prestaciones mínimas a las que les es de aplicación lo dispuesto en el artículo 50¹⁴⁹.

Ha sido relativamente frecuente, a veces, confundir la garantía a una prestación mínima que se establece en el

¹⁴⁹ A este respecto, en la declaración del Reino de España (D.O. nº C 107 de 22.4.1987), se indica en su punto II "Prestaciones mínimas a que se refiere el artículo 50 del Reglamento: las disposiciones relativas a los complementos por importes mínimos de las pensiones". Este precepto ha tenido su reflejo y transcripción casi literal en nuestra legislación a través de los sucesivos Reales Decretos de revalorización de prestaciones, por ejemplo, el artículo 13.3 del R.D. 4/1998, de 9 de enero, (BOE de 10 de enero), señala que si después de revalorizar la prestación y, en su caso, aplicarle el mínimo que corresponda, "la suma de los importes reales de las pensiones, de las pensiones, reconocidas tanto en virtud de la legislación española como extranjera, fuese inferior al importe de la pensión de que se trate vigente en cada momento en España, se le garantizará al beneficiario, en tanto resida en territorio nacional, la diferencia necesaria hasta alcanzar el referido importe mínimo de acuerdo con las normas generales establecidas para su concesión". Relacionado con este punto, véase, en el epígrafe siguiente, las notas del apartado dedicado a la revalorización de prestaciones.

artículo 50 con la prestación teórica que se calcula como primer paso en la liquidación de las prestaciones; se ha interpretado que si la pensión teórica es la que le correspondería al trabajador si hubiera cubierto todos sus períodos de seguro en un determinado Estado esta es, al menos, la cuantía de la pensión que debería garantizársele si sumando las de los distintos Estados no alcanzara esta cuantía. Al margen de las matizaciones que hemos realizado al hilo del precepto reglamentario, debemos significar ahora, que las prestaciones mínimas que garantiza la norma son distintas de la cuantía teórica de la prestación que se calcula en aplicación de las reglas del artículo 46.2.a), interpretarlo de otro modo, ha señalado el Tribunal, "conduciría a dar al artículo 50 un efecto que, al rebasar su limitado objetivo, le pondría en contradicción con el objetivo general del capítulo III de no influir en la libre elección del lugar de residencia" que garantiza el Tratado¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Sentencia de 30 de noviembre de 1977, asunto 64/77, M. Torri, fundamento de derecho nº 12. Sobre este punto, en este mismo asunto, señaló el Abogado General que "si los autores del Reglamento 1408/71 hubiesen tenido la intención de dar al artículo 50 el efecto al que se alude ... lo hubieran formulado de distinta manera. Hubieran recurrido a una fórmula parecida a la siguiente: 'la prestación mínima establecida por dicha legislación o, si dicha legislación no prevé ninguna prestación mínima, el importe teórico de la prestación calculado por la institución competente de ese Estado en aplicación del artículo 46, apartado 2, a)'".

4.4. Revalorización y nuevo cálculo.

La adaptación de la cuantía de las prestaciones a los normales incrementos de lo que se ha llamado el nivel de coste de la vida es una técnica utilizada, de una manera u otra, en todas las legislaciones comunitarias. De igual manera, es habitual que todos los ordenamientos reajusten, a lo largo del tiempo, sus sistemas o modos de calcular las prestaciones, empujados a ello por muy diversas causas de tipo económico, político, demográfico o social en su más amplio sentido. Una otra circunstancia han determinado su toma en consideración en las normas comunitarias en tanto en cuanto afecten o puedan incidir en la cuantía de las prestaciones calculadas en aplicación de los Reglamentos.

En efecto, ambos aspectos ha servido de fundamento para la elaboración de las dos reglas a las que nos vamos a referir en este epígrafe. La primera de ellas establece una cláusula que regula la incidencia que va ha tener la utilización de la técnica de revalorización de prestaciones nacionales en aquellas otras que hayan sido calculadas al amparo de los Reglamentos; la segunda, se refiere a un supuesto específico en el que, sin que se modifique el tipo ni la naturaleza de la prestación, el Reglamento obliga a un nuevo cálculo de la misma. Ambas cláusulas están previstas y reguladas en el artículo 51 del Rgto. 1408.

Respecto al primero de los supuestos, el texto comunitario exige que cuando las prestaciones de un Estado se revaloricen en un porcentaje o en una cantidad determinada, "dicho porcentaje o cuantía", deberá aplicarse, también, a las prestaciones calculadas "con arreglo a lo dispuesto en el artículo 46", sin que la variación en la cuantía que trae consigo la revalorización suponga que tenga que realizarse un nuevo cálculo de la prestación a la que afecta¹⁵¹.

Como sabemos, el artículo 46, básicamente, exige un doble calculo de la prestación, por un lado, el cálculo de la que hemos denominado pensión nacional o autónoma y, por otro, el de la pensión prorrateada o proporcional a los períodos cumplidos por un trabajador en el concreto Estado que liquida la prestación y, como también conocemos, exige este doble cálculo con la finalidad primordial de otorgar al interesado la prestación más favorable de las dos. Teniendo presente este complicado mecanismo de cálculo de las prestaciones, si cada revalorización exigiera un nuevo recálculo de las mismas, para con ello poder proceder a una nueva comparación de las prestaciones con el fin de conceder al interesado la más favorable, la carga

¹⁵¹ En su número 1 señala el artículo 51 que "cuando, por razón del aumento del coste de la vida, de la variación del nivel de los salarios o de otras causas de adaptación, las prestaciones de los Estados afectados se modifiquen en un porcentaje o cuantía determinados, dicho porcentaje o cuantía deberá aplicarse directamente a las prestaciones establecidas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 46, sin que haya que proceder a un nuevo cálculo".

administrativa que pesaría sobre las instituciones podría llegar a asfixiar sus posibilidades de gestión, sin que, por otro lado, tuviera una traducción práctica evidente. Esta idea de simplificación de la tarea administrativa fue la que acogió también el Tribunal al señalar que, "con esta reglamentación, se trató de evitar un nuevo cálculo cuando los reajustes de las prestaciones se deban a hechos ajenos a la situación individual del asegurado y sean consecuencia de la evolución general de la situación económica y social"¹⁵².

Pero si la razón fundamental que anima la regulación es la de la simplificación administrativa al aplicar la revalorización a las prestaciones calculadas al amparo de los Reglamentos, la regla no está demás, tampoco, para recordar que las prestaciones calculadas en aplicación del artículo 46.2, esto es, las prorrateadas, también deberán ser revalorizadas, aunque sea proporcionalmente, cuando en un determinado sistema se adopten medidas de revalorización de prestaciones con carácter general¹⁵³, pues también

¹⁵² Sentencia de 1 de marzo de 1984, asunto 104/83, Cincinulo, Rec. 1984, págs. 1285 y ss. Algo similar había señalado ya el Tribunal en su sentencia de 2 de febrero de 1982, asunto 7/81, Sinatra, Rec. 1982, págs. 137 y ss., cuando sentenció que "cada variación de las prestaciones pagadas por un EM ha de ir seguida de un nuevo cálculo, de acuerdo con las disposiciones del art. 46 del Rgto., salvo si dicha variación se debe a una de las 'causas de adaptación' previstas en el apartado 1 del art. 51 del Rgto., que no incluyen los cambios sobrevenidos en la situación individual del asegurado".

¹⁵³ Un ejemplo de revalorización de prestaciones calculadas al amparo de normas internacionales -y, por tanto, también aplicable a las prestaciones calculadas al

estas prestaciones, aunque no sean completas, requieren el ajuste de su cuantía a los incrementos del coste de la vida.

Pero si las medidas de la revalorización no implican, según la previsión del Reglamento, un nuevo cálculo, por el contrario, la modificación de las reglas de determinación de las prestaciones necesariamente ha de

amparo de los Reglamentos comunitarios- lo encontramos en los Reales Decretos de revalorización de nuestras prestaciones. Por ejemplo, en el R.D. 4/1998, de 9 de enero, (BOE de 10 de enero), que en su artículo 13.1 señala que "la revalorización de pensiones que hayan sido reconocidas en virtud de normas internacionales de las que estén a cargo de la Seguridad social un tanto por ciento de su cuantía teórica, se llevará a cabo aplicando dicho tanto por ciento al incremento que hubiera correspondido de hallarse a cargo de la Seguridad social española el 100 por 100 de la citada pensión. En el importe de la cuantía teórica a que se refiere el párrafo anterior no se considerará incluido el complemento por mínimo que, en su caso, pudiera corresponder, salvo que se disponga otra cosa en un convenio bilateral o multilateral". Situados en este lugar no queremos dejar pasar la ocasión para señalar que la norma, después de regular la revalorización en estos casos, utiliza el número 2 para regular el otorgamiento de un complemento por mínimos, en su caso, prorrateado, complemento que se otorga en virtud de lo dispuesto en nuestra legislación nacional y que, por tanto, es exportable. En efecto, señala la norma que "a la pensión prorrateada, una vez revalorizada conforme a lo dispuesto en el número anterior, se le añadirá, cuando proceda en aplicación de las normas generales establecidas, el complemento por mínimo que corresponda. Dicho complemento se calculará aplicando el porcentaje tenido en cuenta en el apartado 1, a la diferencia que exista entre la cuantía que hubiese correspondido de hallarse a cargo de la Seguridad social española el 100 por 100 de la pensión y el mínimo que pueda corresponder por aplicación de las normas generales". Relacionado con las prestaciones mínimas, véase el apartado 4.3 de este capítulo.

suponer un recálculo de las mismas¹⁵⁴. Esto es, el Reglamento exige que si en una determinada legislación se introducen nuevas reglas que afecten al cálculo de las prestaciones estas modificaciones determinarán, cuando proceda, un nuevo cálculo de las prestaciones que hayan sido reconocidas al amparo de los Reglamentos¹⁵⁵. La regla tiene su sentido, pues mientras en el supuesto de la revalorización el trabajador se va a beneficiar del incremento de las prestaciones directamente por aplicación de las cláusulas de revalorización a sus pensiones, sin que, por otro lado, un nuevo cálculo de las mismas fuera a tener, normalmente, incidencia en la pensión más favorable que le corresponda, sin embargo, en el supuesto de que la cuantía de las prestaciones varíe por la modificación de sus reglas de cálculo el interesado no podrá beneficiarse del incremento que suponga esa modificación si, a su vez, no se recalcula la prestación que percibe.

¹⁵⁴ Señala el artículo 51.2 del Rgto. 1408 que, -a diferencia de los que vimos que señalaba el número 1.-, "en caso de modificación del modo de establecimiento o de las reglas de cálculo de las prestaciones, se efectuará un nuevo cálculo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 46".

¹⁵⁵ En aplicación de esta regla ha señalado el Tribunal que "1.- El artículo 51 del Reglamento 1408 debe interpretarse en el sentido de que la modificación de la manera de calcular la prestación mínima de vejez está comprendida en el ámbito de aplicación del apartado 2 de esta disposición.
2.- El apartado 2 del artículo 51 del Reglamento 1408 debe interpretarse en el sentido de que la modificación de la manera de determinar o de calcular una prestación de vejez, que no se aplique a las pensiones cuyo derecho se haya causado antes de su entrada en vigor, no obligan al Estado miembro interesado a efectuar un nuevo cálculo".

Por último, debemos señalar que las reglas del artículo 51 se aplicarán, también, "a prestaciones como las rentas de accidente de trabajo o de enfermedad profesional que, en virtud de las reglas anticúmulo nacionales, han influido inicialmente en el importe de la pensión establecida de acuerdo con el artículo 46 de dicho Reglamento y cuyos reajustes posteriores puedan tener una incidencia sobre esta misma pensión. Por tanto, no es necesario proceder a un nuevo cálculo de la pensión, según el artículo 46, en caso de que dicha renta varíe como consecuencia de la evolución general de la situación económica y social"¹⁵⁶, lo que "significa que el artículo 51 no se aplica en modo alguno tan sólo a las prestaciones homogéneas, puesto que este artículo no distingue, por los demás, las prestaciones atendiendo a su naturaleza"¹⁵⁷.

4.5. Reglas de no acumulación de prestaciones.

Una de las materias más vidriosas con las que se enfrentan las normas comunitarias de Seguridad social, por

¹⁵⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de marzo de 1984, asunto 104/83, Cinciulo, Rec. 1984, págs. 1285 y ss.

¹⁵⁷ RAEPENBUSCH, S.V. "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo", opus cit., pág. 586.

la elevada susceptibilidad que su tratamiento provoca en los beneficiarios, -sobre todo en su aplicación práctica-, es la del tratamiento de las cláusulas que limitan la acumulación de prestaciones. En este sentido ha señalado la doctrina que "uno de los problemas más delicados, ligados a la protección comunitaria de los trabajadores migrantes en materia de Seguridad Social, se refiere sin duda a los límites de la acumulación de prestaciones que conceden las instituciones de dos o varios Estados miembros"¹⁵⁸.

Básicamente los Reglamentos, reconociendo y admitiendo el principio de no acumulación de prestaciones derivadas de un mismo período de seguro, se van a circunscribir a poner freno a las cláusulas nacionales de no acumulación de prestaciones, pues "de acuerdo con una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el Consejo no tiene competencia para dictar normas que impongan límites a la acumulación de dos o más pensiones adquiridas en distintos Estados miembros mediante una disminución del importe de una pensión adquirida en virtud de la legislación nacional; según el Tribunal de Justicia esta competencia pertenece al legislador nacional"¹⁵⁹. En todo caso, el fin último de estas limitaciones comunitarias es

¹⁵⁸ RAEPENBUSCH, S.V., "La seguridad social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo", opus cit., pág. 451.

¹⁵⁹ Considerando nº 43 del Rgto. 1408 introducido por el Rgto. 1248/92.

"proteger a los trabajadores migrantes y a sus supervivientes de una aplicación demasiado rigurosa de las cláusulas nacionales de reducción, suspensión o supresión"¹⁶⁰.

El principio de no acumulación está recogido, con carácter general en el artículo 12 del Reglamento 1408. La aplicación de este artículo requirió una abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹⁶¹ que fue elaborando toda una doctrina sobre la incidencia y aplicación de las reglas, nacionales y comunitarias, sobre la acumulación de prestaciones. En buena medida esa doctrina jurisprudencial es la que ha servido de argamasa para la construcción actualmente incluida en el Rgto. 1408¹⁶², -mediante el Rgto. 1248/92-, en los artículos 46,

¹⁶⁰ Considerando nº 44 del Rgto. 1408, introducido por el Rgto. 1248/92.

¹⁶¹ Una recopilación y estudio de esta jurisprudencia, anterior al Rgto. 1248/92, en "Recopilación de disposiciones comunitarias sobre seguridad social", opus cit. págs. 295-299, y en RAEPENBUSCH, S.V. "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo", opus cit. págs. 489-509; según este autor "el principio constante en el que se basa la jurisprudencia del Tribunal ... en materia de reglas anticúmulo, es el de que el trabajador tiene derecho en cada Estado miembro a la prestación que sea la más elevada entre aquéllas a las que pueda aspirar en su integridad en virtud tan sólo de la legislación de este Estado, con inclusión de toda disposición anticúmulo que pueda contener, de un lado, y la prestación a la que pueda aspirar en aplicación de las disposiciones del Reglamento núm. 1408/71 en su conjunto", opus cit., págs. 489-490.

¹⁶² En este sentido se ha dicho por la doctrina que "tras casi veinte años de disociación entre lo estatuido por el Reglamento y la jurisprudencia comunitaria en este punto, finalmente, mediante el Reglamento 1248/92 se llevó al texto de la norma el llamado principio Petroni,

46 bis, 46 ter y 46 quater, por lo que aquí nos interesa.

Por último, antes de entrar en el análisis de cada una de las reglas, es preciso recordar que el artículo 7.1 del Rgto. 574, -dictado para la aplicación del artículo 12 del Rgto. 1408-, señala que "cuando determinadas prestaciones debidas con arreglo a la legislación de dos o más Estados miembros puedan ser reducidas, suspendidas o suprimidas mutuamente, las cuantías que no se abonarían en caso de aplicarse estrictamente las cláusulas de reducción, suspensión o supresión contenidas en la legislación de los Estados miembros afectados, se dividirán por el número de prestaciones sujetas a reducción, suspensión o supresión", regla general que coincide, en buena medida, con las previstas con carácter específico en el artículo 46 quater para las prestaciones de distinta naturaleza, como veremos.

4.5.1. Reglas generales.

Las reglas generales de no acumulación de prestaciones que vamos a exponer en los apartados siguientes son,

introduciéndose en los artículos 46, 46 bis, 46 ter y 46 quater un complejo régimen ...", SEMPERE NAVARRO, A. V., "Principios generales de la seguridad social comunitaria", Cuadernos de Derecho Judicial, nº XII, 1994, pág. 47.

básicamente¹⁶³, las contenidas en el artículo 12 del Reglamento 1408, reglas que van a regir, con carácter general, para todas las prestaciones y por tanto también para las de invalidez, sin perjuicio de las propias que puedan afectar a cada tipo de prestación en concreto y que aparecen recogidas en su lugar correspondiente dentro de la reglamentación comunitaria; como sucede, por ejemplo, con las del capítulo 3, del título III, aplicables a las prestaciones de invalidez tipo B y que estudiaremos más adelante en un apartado específico. Digamos, por último, antes de pasar a la exposición, que como criterio metodológico que ayude a la exposición de las tres reglas generales a las que vamos a hacer referencia, hemos decidido abrir un apartado concreto para facilitar el desarrollo y estudio de cada una de ellas.

¹⁶³ Decimos básicamente porque, como sabemos, la legislación neerlandesa no distingue el origen del riesgo en la concesión de las prestaciones de invalidez, lo que hace necesario la inclusión de determinadas cláusulas particulares en los Reglamentos para ajustar las previsiones comunitarias a las particularidades de su legislación. Entre estas previsiones se encuentra la contenida en el apartado 4 del artículo 12 que señala que "la pensión de invalidez debida en virtud de la legislación neerlandesa, en caso de que la institución neerlandesa, de conformidad con las disposiciones del apartado 5 del artículo 57 (supuesto de la neumoconiosis esclerógena) o de la letra b) del apartado 2 del artículo 60 (agravación de una neumoconiosis esclerógena), tenga que participar igualmente en el coste de una prestación de enfermedad profesional concedida en virtud de la legislación de otro Estado miembro, quedará reducida en una cuantía igual al importe de la cantidad debida a la institución del otro Estado miembro encargada del servicio de la prestación de enfermedad profesional".

4.5.1.a). Prohibición de percibir varias prestaciones de la misma naturaleza derivadas de un mismo período de seguro.

La cláusula general que prohíbe la acumulación de prestaciones de la misma naturaleza¹⁶⁴ derivadas de un mismo período está recogida en el artículo 12.1 del Rgto. 1408, precepto que señala que el Reglamento "no podrá conferir ni mantener el derecho a beneficiarse de varias prestaciones de la misma naturaleza relativas a un mismo período de seguro obligatorio". Con este apoyo, se ha dicho que "en términos generales, la reglamentación comunitaria

¹⁶⁴ El artículo 12 en su redacción anterior al Rgto. 1248/92 hacía referencia a las prestaciones de la misma naturaleza en su número 2, textualmente señalaba que "las cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión previstas por la legislación de un Estado miembro en caso de acumulación de una prestación con otras prestaciones de seguridad social o con otros ingresos afectarán al beneficiario, incluso cuando se trate de prestaciones adquiridas en virtud de la legislación de otro Estado miembro o de ingresos obtenidos en el territorio de otro Estado miembro. No obstante, esta norma no se aplicará cuando el interesado se beneficie de prestaciones de la misma naturaleza de invalidez, de vejez, de muerte (pensiones) o de enfermedad profesional liquidadas por las instituciones de dos o varios Estados miembros, con arreglo a las disposiciones de los artículos 46, 50 y 51 o de la letra b del apartado 1 del artículo 60". La determinación de cuales eran o no prestaciones de la misma naturaleza fue uno de los puntos que dio pie a una abundante jurisprudencia en esta materia (por ejemplo, asunto 75/76, Kaucic; asunto 4/80, d'Amico; asunto 79/81, Baccini; asunto 171/82, Valentini), hoy, tras la modificación del Reglamento, y tratando de evitar estos problemas, el artículo 46 bis, en su número 1, lo primero que hace es definir que lo va a considerar como prestaciones de la misma naturaleza, como veremos.

tiende a prohibir las acumulaciones "injustificadas" de prestaciones de Seguridad social, o más exactamente los enriquecimientos injustificados de trabajadores migrantes, por haberse yuxtapuesto regímenes nacionales diferentes en los que se contempla una misma situación y un mismo período"¹⁶⁵.

Sin embargo, "esta disposición no se aplicará a las prestaciones de invalidez, de vejez, de muerte (pensiones) o de enfermedad profesional, que sean liquidadas por las instituciones de dos o varios Estados miembros con arreglo a las disposiciones del artículo 41, de los apartados 2 y 3 del artículo 43, de los artículos 46, 50 y 51 o de la letra b) del apartado 1 del artículo 60"¹⁶⁶, señala el segundo inciso del citado artículo 12.1. Partiendo de la indicación expresa de los preceptos señalados podemos decir que, a la inversa, la cláusula se aplicará a los supuestos de invalidez tipo A, prestaciones que se calculan en aplicación del artículo 39 y que, como sabemos, abona un único Estado. Completando el texto de la norma, por el contrario, la regla entrará en juego en los supuestos de agravación de prestaciones (artículo 41), en los casos de conversión de prestaciones de invalidez en pensiones de

¹⁶⁵ RAEPENBUSCH, S.V. "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en el derecho europeo", opus cit., pág. 454.

¹⁶⁶ Hay alguna otra excepción en el Reglamento como, por ejemplo, la prevista en el artículo 14 quater, apartado b), a la que hemos hecho mención al estudiar las reglas generales de totalización y más concretamente en materia de superposición de períodos.

vejez regulados en los apartados 2 y 3 del artículo 43, y afectará, también, a las pensiones calculadas en aplicación del artículo 46, que son, básicamente y por lo que aquí nos interesa, las pensiones de invalidez calculadas en aplicación de las reglas de la invalidez tipo B. El que esta regla afecte a estos supuestos no quiere decir que a ellos no se apliquen cláusulas de no acumulación, todo lo contrario, se aplican las cláusulas específicas previstas y reguladas en el capítulo 3, del título III, que, como hemos indicado, expondremos en epígrafes posteriores.

4.5.1.b). Posibilidad de aplicar las cláusulas a un beneficiario que percibe varias prestaciones.

La cláusula general anterior prohibía, con carácter general, obtener más de una prestación de la misma naturaleza derivada de un único período de seguro. Ahora, el artículo 12.2, va a permitir que las legislaciones nacionales pongan límites a la percepción de diferentes prestaciones -o de prestaciones e ingresos de otro tipo- por parte de un mismo trabajador.

"Salvo en los casos en que el presente Reglamento disponga otra cosa, señala el precepto, las cláusulas de

reducción, de suspensión o de supresión establecidas en la legislación de un Estado miembro en caso de acumulación de una prestación con otras prestaciones de seguridad social o con otros ingresos de cualquier tipo podrán hacerse valer frente al beneficiario, aunque se trate de prestaciones adquiridas en virtud de la legislación de otro Estado miembro o de ingresos obtenidos en el territorio de otro Estado miembro".

La prohibición anterior hacía referencia a las prestaciones con independencia del número de beneficiarios que las pudieran percibir, la que estamos viendo toma como objeto de su regulación a un único beneficiario¹⁶⁷. Para su correcta interpretación y aplicación es necesario realizar dos puntualizaciones con respecto a esta cláusula, primera, los ingresos que menciona el precepto deben ser entendidos en un sentido amplio y no limitado a los ingresos que puedan ser equivalentes o sustitutivos de prestaciones derivadas de los seguros sociales, segunda, dentro de esas cláusulas de reducción deben incluirse las cláusulas nacionales que supongan una reducción de los

¹⁶⁷ Así se ha afirmado que "de la redacción del artículo 12, párrafo 2, se deduce que el principio sobre la posibilidad de oposición de las cláusulas de reducción en caso de acumulación de prestaciones, así como las excepciones que se acomodan a este principio, sólo afectan a los casos de acumulación de prestaciones de la que es beneficiaria una misma persona"... "con otras palabras, el artículo 12, párrafo 1, se refiere a la acumulación de dos prestaciones de la misma naturaleza, tanto a favor de un beneficiario directo, como a favor de beneficiarios indirectos", RAEPENBUSCH, S.V., "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo", opus cit., págs. 464 y 474, respectivamente.

períodos de seguro a tener en cuenta en un determinado supuesto¹⁶⁸.

**4.5.1.c). Posibilidad de aplicar cláusulas de
reducción, supresión o suspensión a un
beneficiario que ejerza otra actividad.**

La admisión de este tipo de cláusulas está prevista, específicamente, para las prestaciones de invalidez y para las prestaciones anticipadas de vejez, prestaciones, estas últimas, que, en algunos Estados, se otorgan a los parados de larga duración con edades próximas a la jubilación, teniendo en cuenta las dificultades con las que estos trabajadores se encuentran a la hora de reincorporarse al mercado de trabajo.

En estos supuestos, "las cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión previstas por la legislación de un Estado miembro en el caso de que el beneficiario de

¹⁶⁸ En el asunto 58/84, Romano, Rec. 1985, págs. 1689 y ss, y en el asunto 117/84, Ruzzu, Rec. 1985, págs. 1698 y ss, con idéntico fallo que el anterior, el Tribunal falló que "una norma nacional que reduce los años suplementarios de ocupación ficticia de los que podría beneficiarse el trabajador, en función del número de años por los que el trabajador puede pretender una pensión en otro Estado miembro, constituye una cláusula de reducción en el sentido del apartado 2 del artículo 12 del Reglamento 140/71 ...".

prestaciones de invalidez o de prestaciones anticipadas de vejez ejerza una actividad profesional, le afectarán aunque ejerza su actividad profesional en el territorio de otro Estado miembro", señala el artículo 12.3. Estas cláusulas de nacionales de no acumulación de prestaciones no afectarán, o no podrán afectar, por tanto, al resto de prestaciones. Como justificación se ha dicho que "se estimó que estas cláusulas no deberían afectar a las pensiones normales de vejez y a las pensiones de supervivencia cuyos titulares ejerzan una actividad profesional en otro país, por cuanto dichas cláusulas se establecen, generalmente, en función de la situación del mercado nacional de empleo y que para su aplicación son necesarios controles que, en la práctica, no pueden efectuarse cuando la actividad profesional se ejerce en territorio extranjero"¹⁶⁹, justificación esta última endeble, a nuestro entender, por cuanto igual podría aplicarse, cuando menos, en las prestaciones de jubilación anticipada.

4.5.2. Las reglas anticúmulo del capítulo 3, título III, del Rgto. 1408¹⁷⁰.

Recordamos, una vez más, que la regulación del capítulo 3 del título III del Rgto. 1408 es la aplicable a las

¹⁶⁹ "Recopilación de disposiciones comunitarias sobre seguridad social" (1986), opus cit., pág. 295.

¹⁷⁰ Este capítulo, dedicado a las pensiones de vejez y muerte, es el que se aplica, como sabemos, a las prestaciones de invalidez que deban calcularse en aplicación de las reglas de la invalidez tipo B.

prestaciones de invalidez tipo B, en virtud de la remisión efectuada por el artículo 40. Por ello, las reglas anticúmulo que vamos a estudiar en este apartado servirán, únicamente, cuando entre en juego las reglas de coordinación de las prestaciones de invalidez tipo B. Como también hemos señalado, estas reglas anticúmulo están previstas en los arts. 46 bis, 46 ter y 46 quater¹⁷¹ del citado capítulo. Cada uno de estos preceptos, por último, se refiere a un supuesto específico, razón por la que, tratando de hacer una exposición lo más ajustada posible a las previsiones de la norma, vamos a apoyarnos en la construcción reglamentaria para desarrollar la nuestra¹⁷²

¹⁷¹ Señala el artículo 7.2 del Rgto. 574 que "para la aplicación de las disposiciones de los apartados 2, 3 y 4 del artículo 12, del artículo 46 bis, del artículo 46 ter y del artículo 46 quater del Reglamento, las instituciones competentes afectadas se comunicarán, a petición propia, toda la información pertinente".

¹⁷² Con anterioridad a las modificaciones introducidas por el Reglamento 1248/92 esta materia estaba regulada en el artículo 46.3 que textualmente señalaba:

"Dentro del límite representado por la más elevada de las cuantías teóricas de prestaciones calculadas según lo dispuesto en la letra a del apartado 2, el interesado tendrá derecho a la suma de las prestaciones calculadas de conformidad con los apartados 1 y 2.

Cuando el límite señalado en el párrafo precedente sea rebasado, cada una de las instituciones que haya de aplicar el apartado 1 corregirá su prestación en la proporción correspondiente a la relación que se dé entre la cuantía de la prestación de que se trata y la suma de las prestaciones determinadas según lo dispuesto en el apartado 1".

La aplicación de este precepto dio pie a una abundante jurisprudencia que en buena medida se ha intentado recoger en la nueva regulación. Una de las sentencias más relevantes en la interpretación del precepto fue la Sentencia de 21.10.1975, asunto 24/75, Petroni, Rec. 1975, págs. 1149 y ss, sentencia que fue el origen del que después se ha conocido como principio Petroni. En esta

que, tras dar cuenta de las reglas generales que deben regir en la aplicación de estas cláusulas, expone, por un lado, las concretas previsiones de la norma respecto las cláusulas de no acumulación aplicables a las prestaciones de igual naturaleza y, por otro, las reglas que juegan con respecto a las prestaciones de distinta naturaleza.

4.5.2.1. Reglas generales.

Teniendo en cuenta, como acabamos de señalar, que las cláusulas de no acumulación de prestaciones que vamos a estudiar se estructuran en dos grupos, según que las prestaciones a las que afecten sean de igual o de distinta naturaleza, el primer problema con el que se enfrenta el artículo 46 bis es con el de definir las prestaciones que se van a considerar de igual o de distinta naturaleza para la aplicación de las reglas anticúmulo. A estos efectos, prescribe, se "entenderá por acumulación de prestaciones de la misma naturaleza toda acumulación de prestaciones de invalidez, de vejez y de supervivencia calculadas o abonadas sobre la base de los períodos de seguro y/o de residencia cumplidos por una misma persona", y por "acumulación de prestaciones de naturaleza distinta toda

sentencia el Tribunal falló que "el apartado 3 del artículo 46 del Reglamento 1408/71 del Consejo es incompatible con el artículo 51 del Tratado en la medida en que impone una limitación a la acumulación de prestaciones adquiridas en diferentes Estados miembros, mediante la disminución del importe de una prestación adquirida en virtud de la legislación nacional únicamente".

acumulación de prestaciones" no afectada por lo indicado en la regla precedente¹⁷³. Con esta delimitación se ha pretendido disminuir la problemática que suscitó, en la versión anterior del Reglamento, la falta de definición de cuales debían considerarse, sobre todo, prestaciones de la misma naturaleza.

Solventada la cuestión anterior, establece la norma, con precisión y detalle, una serie de premisas que han de jugar como cláusulas o previsiones generales que cada Estado deberá tener necesariamente presentes en la aplicación de sus cláusulas nacionales de no acumulación; estas reglas son las siguientes:

1ª.- Sólo podrán considerarse las prestaciones adquiridas con arreglo a la legislación de otro

¹⁷³ Con esta definición el Reglamento ha recogido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que señalaba que "las prestaciones de Seguridad social han de considerarse como de la misma naturaleza, independientemente de las características propias de las distintas legislaciones, cuando su objeto y su finalidad, así como la base de cálculo y las condiciones para su concesión son idénticos, no debiendo tenerse en cuenta como elementos característicos para su clasificación los puramente formales", sentencia de 2.7.1983, asunto 171/82, Valentini, Rec. 1983, pág. 2157. Desarrollando esta afirmación, y aplicándola a casos concretos, entre otras, sentencia de 5.5.1983, asunto 238/81, Van der Bunt Craig, Rec. 1983, pág. 1333; sentencia 8.7.1992, asunto 102/91, Knoch, Rec. 1992; siguiendo esta jurisprudencia se ha dicho que "las pensiones de vejez, invalidez y supervivencia vienen a ser consideradas como de la misma naturaleza puesto que todas ellas se constituyen en prestaciones a largo plazo que han sido ideadas para dotar al beneficiario de los medios necesarios para su subsistencia", RECIO LAZA, A.M., "Los principios de la Seguridad social en los Reglamentos comunitarios", edición en ciclostil, pág. 246.

Estado miembro o de otros ingresos obtenidos en otro Estado miembro si la legislación del primer Estado establece, específicamente, el cómputo de las prestaciones o los ingresos obtenidos en el extranjero para la aplicación de sus cláusulas.

2ª.- Se tomará en consideración el importe de las prestaciones que ha de abonar otro Estado miembro antes de la deducción de los impuestos, de las cotizaciones de la seguridad social o de otras retenciones individuales.

3ª.- No se tendrá en cuenta el importe de las prestaciones adquiridas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro que se hayan abonado en virtud de un seguro voluntario o facultativo continuado.

4ª.- Cuando con arreglo a la legislación de un único Estado miembro sean aplicables cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión por el hecho de que el interesado disfrute de prestaciones de la misma o de distinta naturaleza debidas en virtud de la legislación de otros Estados miembros o de otros ingresos obtenidos en el territorio de otros Estados miembros, la prestación debida en virtud de la legislación del primer Estado sólo podrá quedar reducida dentro

del límite del importe de las prestaciones debidas en virtud de la legislación o de los ingresos adquiridos en el territorio de los demás Estados miembros.

4.5.2.2. Acumulación de prestaciones de la misma naturaleza.

Siguiendo una tradición de la legislación comunitaria¹⁷⁴, las cláusulas de no acumulación de prestaciones de la misma naturaleza únicamente se van a aplicar en determinados supuestos de prestaciones calculadas exclusivamente en aplicación de la legislación nacional, también denominadas pensiones autónomas, no se van a aplicar, por tanto, en los casos de pensiones calculadas "a prorrata"¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Señalaba la doctrina, comentando el antiguo artículo 46.3 del Rgto. 1408, que "los autores del Reglamento consideraron que, teniendo en cuenta las reglas relativas a la totalización y al prorrateo, ... , no conviene reducir, además, las prestaciones prorrateadas", RAEPENBUSCH, S.V. "La seguridad social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo", opus cit., págs. 474-475.

¹⁷⁵ Señala el artículo 46.1 ter, "las cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión contenidas en la legislación de un Estado miembro no serán aplicables a una prestación calculada según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 46".

Admitiéndose la posibilidad de aplicar estas cláusulas sólo en los supuestos de pensiones calculadas en aplicación de las reglas nacionales¹⁷⁶, el Reglamento pone, asimismo, límites para esta posibilidad exigiendo que se trate de¹⁷⁷:

a) O bien de una prestación cuyo importe sea independiente de la duración de los períodos de seguro o de residencia cumplidos por el interesado.

b) O bien de una prestación cuyo importe se determine en función de un período ficticio que se presuma cumplido entre la fecha del hecho causante y una fecha posterior. En este último supuesto, dichas cláusulas se aplicarán en caso de acumulación de dicha prestación:

i) con una prestación del mismo tipo, salvo si entre dos o más Estados miembros se ha firmado un acuerdo para evitar que se tenga en cuenta dos o más veces el mismo período ficticio,

¹⁷⁶ Señala el artículo 46 ter . 2 que "Las cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión contenidas en la legislación de un Estado miembro sólo se aplicarán a una prestación calculada según lo dispuesto en el inciso i) de la letra a) del apartado 1 del artículo 46".

¹⁷⁷ Requisitos exigidos en el artículo 46 ter.2.

ii) o con una prestación del tipo mencionado en la letra a).

Tanto las prestaciones a que se refiere la letra a) como aquellas a las que se refiere la letra b), y los acuerdos que puedan concluirse entre los Estados a estos efectos, deberán figurar "en la parte D del Anexo IV"¹⁷⁸, lo que en buen medida simplifica el entendimiento de los supuestos concretos en los juegan las previsiones de la norma.

4.5.2.3. Acumulación de prestaciones de distinta naturaleza.

Este es uno de los puntos que tienen una regulación más

¹⁷⁸ En el anexo D se contienen las "prestaciones y acuerdos señalados en el apartado 2 del artículo 46 ter del Reglamento". Por lo que nos pueda interesar, sólo vamos a dejar constancia de dos supuestos recogidos en el punto 1 del citado anexo:

" 1. Prestaciones señaladas en la letra a) del apartado 2 del artículo 46 ter del Reglamento cuya cuantía sea independiente de la duración de los períodos de seguro o de residencia cumplidos:

a) Las prestaciones de invalidez establecidas por las legislaciones mencionadas en la parte A del presente Anexo (en la parte A del Anexo IV se recogen las prestaciones de invalidez que sean independientes de los periodos de seguro, referencia que, por tanto y a nuestro entender es incorrecta porque las prestaciones de invalidez tipo A no se rigen por las disposiciones del capítulo III);
.....

c) Las pensiones españolas de muerte y supervivencia concedidas dentro del régimen general y los regímenes especiales;".

enrevesada en los Reglamentos. Tratando de realizar una exposición lo más serena, precisa y sencilla que sea posible, debemos comenzar señalando que su regulación se encuentra en el artículo 46 quater, precepto que lleva por título: "disposiciones particulares aplicables en caso de acumulación de una o varias prestaciones señaladas en el apartado 1 del artículo 46 bis con una o varias prestaciones de naturaleza distinta o con otros ingresos, cuando ello afecte a dos o más Estados miembros", esto es, los supuestos en las que afectan estas reglas limitativas o anticúmulo son aquellos en los que van a coincidir prestaciones de igual naturaleza con prestaciones de distinta naturaleza o con ingresos concedidos, unos y otros o unos u otros, por diversos Estados.

Sintéticamente expuestas las reglas para estos supuestos son las siguientes:

1.- Cuando la aplicación de cláusulas de reducción suponga la disminución de dos o más prestaciones nacionales autónomas las cantidades que no se deban de abonar "serán divididas por el número de prestaciones sujetas a reducción, suspensión o supresión"¹⁷⁹.

2.- Cuando se trate de prestaciones calculadas

¹⁷⁹ Artículo 46 quater, apartado 1, del Rgto. 1408.

"a prorrata", todas las otras prestaciones de naturaleza distinta u otros ingresos que deban tenerse en cuenta serán computados proporcionalmente en relación con los períodos de seguro o de residencia que se "hayan tomado en consideración para el cálculo de dicha prestación"¹⁸⁰.

3.- Cuando haya que reducir prestaciones nacionales autónomas y prestaciones calculadas a prorrata, se aplicarán las siguientes reglas:

a) cuando se trate de prestación o prestaciones nacionales autónomas las cantidades que no deban de abonarse "se dividirán por el número de prestaciones sujetas a reducción, suspensión o supresión", siguiendo la regla indicada en primer lugar.

b) cuando se trate de prestaciones calculadas a prorrata la reducción será proporcional, siguiendo con ello la regla indicada en segundo lugar¹⁸¹.

¹⁸⁰ Artículo 46 quater, apartado 2, del Rgto. 1408.

¹⁸¹ Reglas establecidas en el apartado 3 del artículo 46 quater del Rgto. 1408.

Para finalizar debemos realizar dos últimas precisiones, primera, estas reglas serán aplicadas salvo que la legislación estatal la institución competente establezca la aplicación de cláusulas más beneficiosas¹⁸², y segunda, las reglas citadas se aplicarán análogamente, en cualquier otro supuesto previsto en la legislación de un Estado en que coincidan prestaciones de distinta naturaleza¹⁸³.

¹⁸² Precisión que puede deducirse de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 46 quater que establece: "Cuando, en los casos indicados en el apartado 1 y en la letra a) del apartado 3, la legislación de un Estado miembro disponga que para la aplicación de las cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión se computen las prestaciones de naturaleza distinta y/u otros ingresos, así como todos los elementos restantes, proporcionalmente a los períodos de seguro que se especifican en la letra b) del apartado 2 del artículo 46, no se aplicará para dicho Estado miembro la división contemplada en los apartados antes citados".

¹⁸³ Precisión que puede deducirse de lo establecido en el apartado 5 del artículo 46 quater que señala: "El conjunto de las disposiciones antes citadas se aplicará por analogía cuando la legislación de uno o varios Estados miembros establezca que no se puede tener derecho a una prestación en caso de percibir una prestación de naturaleza diferente debida con arreglo a la legislación de otro Estado miembro u otros ingresos".

CAPITULO TERCERO: LOS PROCEDIMIENTOS DE COORDINACION.

1.- LOS REGLAMENTOS COMO NORMAS DE COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA.

1.1.- Generalidades.

- I -

Volver a una idea, como volver a un paisaje, para analizarlos o contemplarlos desde un prisma diferente, puede aportar matices o tonalidades no valoradas u observadas suficientemente en un primer estudio o en una primera visión.

Vaya por delante que, en este capítulo, haremos referencia a algunos conceptos conocidos que constituyen la piedra angular del diseño elaborado por la Unión en materia de Seguridad social. No obstante, la mirada a estos espacios familiares a través de un nuevo gran angular, el de los procedimientos, nos permitirá descubrir y valorar algunos aspectos formales a los que los estudios doctrinales no atienden con el reposo que fuera deseable.

Aunque es sobradamente conocida la idea de que los Reglamentos comunitarios "no han organizado un régimen común de seguridad social" sino que "dejan subsistentes"¹ los diversos regímenes nacionales, limitándose a establecer unas normas para su coordinación, aún a ella hay que referirse para centrar metodológicamente la exposición subsiguiente. Entendiendo que con tal propósito es imprescindible traerla a colación de nuevo, lo hacemos para precisar que esa coordinación de legislaciones nacionales significa que, tanto el artículo 51 del TCEE como los Reglamentos, "toleran las diferencias, sean sustantivas o formales, entre los distintos regímenes nacionales de

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 5.7.1967, Caso 2/67, De Moor. En palabras de nuestra doctrina "la Comunidad Europea no ha establecido un régimen común de Seguridad Social, sino que ha preferido -en lugar de establecer una legislación única- limitarse a aprobar unas normas cuya estricta función es la de, precisamente, coordinar la aplicación de las distintas legislaciones nacionales. Coordinación que evite, en cualquier caso, los inconvenientes que para los trabajadores migrantes pudieran derivarse de su sucesivo sometimiento a dos o más regímenes de seguridad social nacionales", COLINA ROBLEDO, M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y SALA FRANCO, T., "Derecho social comunitario", opus cit., pág. 192. Véase sobre esta idea, también lo que se dice en el epígrafe 3.4.3.2 del Capítulo I y notas al mismo.

Seguridad social"², divergencias formales, por lo que ahora nos interesa, que los Reglamentos se ciñen a coordinar.

También es conocido que la articulación comunitaria en este campo descansa sobre los Rgtos. 1408 y 574. Siguiendo los esquemas clásicos de los instrumentos internacionales de coordinación, el Reglamento base se apoya en el de aplicación³, norma en la que se hilvana, en buena medida, la necesaria coordinación de las formalidades sobre la idea de una imprescindible "colaboración administrativa" entre instituciones.

Ambos textos son reflejo de las dos vertientes sobre las que gravita el alcance de los preceptos comunitarios en esta materia. En efecto, por un lado, se ha pretendido la coordinación de las legislaciones desde su esencia sustantiva articulando los principios sobre los que se va a construir el edificio, y, por otro, se ha intentado una coordinación adjetiva que permita dar vida a los principios

² MONTROYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V., "Derecho Social Comunitario", opus cit., pág. 196.

³ El propio Rgto. 574 señala en su artículo 1 "Definiciones. Para todo lo relacionado con la aplicación del presente Reglamento: a) el término 'Reglamento designa al Reglamento (CEE) nº 1408/71; b) la expresión 'Reglamento de aplicación' designa al presente Reglamento ... ". A las concepciones de Reglamento base y Reglamento de aplicación o de ejecución ya hicimos referencia en el epígrafe 1 del Capítulo 1.

en un asunto concreto⁴.

Situándonos en esta segunda vertiente podemos afirmar que los Reglamentos han estructurado un esqueleto normativo básico con la intención de coordinar los distintos procedimientos administrativos estatales. El armazón de reglas establecidas, podríamos aventurarnos a decir, guiados más por la voluntad que por la realidad, que quizás constituye el embrión de un deseado "procedimiento administrativo común" en materia de Seguridad social. Configuración, también es obligado señalarlo, más articulada que la del anhelado procedimiento administrativo general⁵, aunque, en todo caso, lejos aún del horizonte que sería deseable. Objetivo lejano, fundamentalmente, dadas las dificultades armonizadoras que su consecución conlleva, sobre todo, teniendo en cuenta que "siendo el procedimiento el cauce a través del cual forman y expresan sus decisiones las Administraciones Públicas cualquier actuación sobre el mismo afectaría a la autonomía

⁴ En cualquier caso, "al formar parte de un Reglamento de aplicación, las disposiciones del ... Reglamento nº 574/72 deben interpretarse a la luz del Reglamento base. No pueden, en efecto, constituir un obstáculo para el disfrute pleno de los derechos reconocidos por el Reglamento nº 1408/71", señaló el Tribunal de Justicia en su sentencia de 24 de octubre de 1996, asunto 335/95, Picard, Rec. 1996-pág. 5644.

⁵ GIL IBAÑEZ, J.L. "El derecho comunitario en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", Rev. Noticias CEE, noviembre 1996, pág. 13.

organizativa de cada Estado miembro"⁶.

- III -

La trascendencia de la coordinación de los procedimientos es indiscutible. Exponer la articulación normativa de la Unión en esta materia sin hablar de la coordinación administrativa es como intentar definir el mar sin hacer referencia al agua. Buena prueba de la importancia que, con carácter general, tiene este aspecto de la coordinación es que todos los convenios de Seguridad social, salvo los multilaterales, por su propia finalidad, llevan unido el correspondiente acuerdo administrativo para su puesta en práctica⁷. Siguiendo esa tradición el Rgto.

⁶ MUÑOZ MACHADO, citado por GIL IBANEZ, J.L. en "El derecho comunitario en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", opus cit., pág. 12. Con carácter general sobre el procedimiento administrativo comunitario, y a título de ejemplo, véase, MUÑOZ MACHADO, S. "La Unión Europea y las mutaciones del Estado", Alianza Universidad; "Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española" en "La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez", Tomo I, Civitas.

⁷ Por citar como ejemplo algunos de los convenios bilaterales suscritos por España con: Argentina el 28.5.1966 (BOE de 16.9.1967), Acuerdo administrativo de 28.5.1966 (BOE de 10.11.1967); Australia el 10.2.1990 (BOE

nº 3 llevó unido el nº 4 y ahora el Rgto. nº 1408 es inseparable del nº 574. Uniones que, por otro lado, resaltan la evidencia del alma de convenio que tienen los textos comunitarios, pues es a la regulación convencional, en definitiva, a la que deben su origen⁸.

de 11.6.1991), Acuerdo administrativo de 10.2.1990 (BOE de 11.6.1991); Brasil el 25.4.1969 (BOE de 12.8.1971), con Protocolo adicional de 5.3.1980 (BOE de 2.2.1982), y Acuerdo administrativo para la aplicación del Protocolo de 5.11.81 (BOE de 26.2.1982); Canadá el 10.11.1986 (BOE de 1.12.1987), Acuerdo administrativo de 10.11.1986 (BOE de 1.12.1987); Estados Unidos el 30.9.1986 (BOE de 29.3.1988), Acuerdo administrativo de 30.9.1986 (BOE de 29.3.1988); etc.. Una recopilación de estos convenios y acuerdos administrativos en la obra "Convenios y Acuerdos internacionales en materia de Seguridad social suscritos por España con otros países e instrumentos jurídicos complementarios", dos tomos, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Madrid 1991.

⁸ Sobre este particular RIBAS, J.J., JONCZY, M.J. y SÉCHE, J.C., señalan que "en aplicación [del artículo 69 del Tratado CECA] la alta autoridad CECA, que tiene la misión, atribuida por el número 5 del mismo artículo 69, de orientar y facilitar la acción de los Estados miembros para la aplicación de las medidas previstas en el citado artículo, emprendió ya en 1953 con un grupo de expertos nacionales de seguridad social y la asistencia técnica de la Oficina Internacional de Trabajo la preparación de un Convenio europeo sobre la seguridad social de los trabajadores migrantes, que fue firmado en Roma el 9 de diciembre de 1957.

...
Pero entretanto, el Tratado fundacional de la Comunidad económica europea se firmó y entraba en vigor en el momento en que se abría a la ratificación de los Estados miembros del Convenio europeo de seguridad social.

...
Habida cuenta de que el Convenio europeo estaba de acuerdo con los objetivos del artículo 51 del Tratado CEE se decidió, ... proceder a las adaptaciones necesarias para transformar dicho convenio en un reglamento del Consejo adoptado en aplicación del artículo 51 del Tratado CEE. El texto, ligeramente modificado fue ... adoptado por el Consejo el 25 de septiembre de 1958, convirtiéndose así en el Reglamento número 3 'relativo a la seguridad social de los trabajadores migrantes' ...

Por último, el acuerdo administrativo que se había preparado para la aplicación del Convenio fue, a su vez, transformado por la Comisión en proposición de reglamento

Sin embargo, y por lo que aquí nos ocupa, a pesar de su interés y significación, los Reglamentos de aplicación han sido y son los eternos olvidados, tanto por la doctrina⁹ como por la jurisprudencia¹⁰; lo fue el Rgto. 4 y lo es el Rgto. 574.

El descuido o la relegación del análisis de los procedimientos no es, sin embargo, un mal exclusivo de la Seguridad social internacional. La carencia también se advierte, por ejemplo, desde la perspectiva de nuestra legislación donde "los estudios sobre la acción protectora de la Seguridad social suelen incidir en dos aspectos bien

de aplicación y adoptado por el Consejo el 3 de diciembre de 1958, convirtiéndose así en el reglamento número 4 'por el que se determinan las modalidades y completan las disposiciones del reglamento número 3 sobre seguridad social de los trabajadores migrantes'"., "Derecho social europeo", opus cit., págs. 220-221.

⁹ Los estudios doctrinales al uso dedican breves líneas a esta materia, por citar algunos, WATSON, P. "Social Security Law of the European Communities" (Derecho de las Comunidades Europeas en materia de Seguridad Social); traducción del Instituto Nacional de la Seguridad Social, Madrid 1983, inédito, pág. 473. RODRÍGUEZ PIÑERO, M. "La Seguridad Social del los Trabajadores Migrantes en las Comunidades Europeas", Madrid 1982, referencias en págs. 332-344 y pág. 380. RAEPENBUSCH, S. V. "La Seguridad Social de los Trabajadores migrantes en el Derecho Europeo", opus cit, pág. 568. MONTAÑA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V., "Derecho social europeo", Madrid 1994, págs. 247 y ss, señalan que, con respecto a la finalidad que pretenden en su estudio, "sería impertinente ... el repasar hic et nunc las concretas modalidades que esa colaboración administrativa ha de asumir respecto de cada supuesto o contingencia", pág. 248.

¹⁰ La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre esta materia es, también, escasa, reseñaremos a lo largo del estudio las pocas decisiones en las que el Tribunal ha hecho referencia a normas procedimentales.

delimitados: las condiciones de acceso a las prestaciones y el contenido de éstas; mereciendo menor atención los aspectos formales"¹¹.

- I V -

Ya hemos indicado que es el Rgto. 574 el que se destina a la articulación de la coordinación administrativa. Afirma el considerando nº 2 de su preámbulo que en él se contienen las reglas tendentes "a precisar, en particular, las

¹¹ "El procedimiento administrativo de calificación y revisión de la invalidez permanente" ROMAN VACA, E., Valencia 1996, pág. 13. Citando a otros autores, anota el anterior, que "uno de los aspectos cuyo estudio se ha descuidado más en la Seguridad Social española es, con toda certeza, el del papel que, con respecto a ella, juega la Administración Pública, en sus diversos niveles. Esta circunstancia es la consecuencia de la óptica predominante hasta hoy en la investigación de aquélla que se ha centrado en el contenido objetivo de su acción protectora (prestaciones), y en el subjetivo de su ámbito de aplicación (beneficiarios), mientras que los aspectos mediales han quedado relegados a un segundo término", - FERNANDEZ PASTRANA J.M., "La Administración de la Seguridad Social: análisis de una reforma" RSS nº 3, 1979, pág. 41-. Destaca, en este mismo sentido, SEMPERE NAVARRO, A-V., en la obra "Régimen jurídico de las mutuas patronales", Civitas, Madrid 1986, pág. 217, que "los temas de gestión, instrumentales, en la ordenación de la Seguridad Social, ... no siempre han ocupado el puesto que merecían". También se pronunció sobre la carencia de estudios acerca de la gestión administrativa de la Seguridad Social, pese a tratarse de "una de las funciones más importantes para un buen funcionamiento de todas las prestaciones que la Seguridad Social tiene a su cargo", FAGOAGA, M., en el "El control de la gestión administrativa de la Seguridad Social", RPS, nº 123 1979, pág. 133.

instituciones competentes de cada Estado miembro, los documentos que han de presentar y los formalidades que han de cumplir los interesados para disfrutar de las prestaciones, las modalidades del control administrativo y médico, así como las condiciones en que ha de efectuarse el reembolso de las prestaciones servidas o abonadas por la institución de cualquier Estado miembro con cargo a la institución de otro Estado miembro distinto".

Al análisis, exposición y sistematización de las normas referidas a las prestaciones de invalidez contenidas en su texto dedicaremos los epígrafes de este capítulo.

Regresando de nuevo a ideas conocidas, y como frontispicio del nuevo espacio que vamos a estudiar, debemos dejar sentado que el Rgto. 574 no construye un procedimiento completo y cerrado, en sus previsiones y en sus conceptos, para el reconocimiento de las prestaciones. Regula, por el contrario, como hemos apuntado, lo que podríamos denominar un procedimiento de coordinación de los diferentes procedimientos nacionales, procedimiento que debe servir para poner en práctica las reglas del Rgto. 1408¹². La remisión constante a las legislaciones nacionales para llenar de contenido los trámites

¹² Podríamos decir con GIL IBÁÑEZ, J.L. que "este conjunto de normas ... no debe confundirse con los procedimientos administrativos propios de los Estados miembros a los que en modo alguno pretende sustituir", "El derecho comunitario en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común", opus cit., pág. 13.

establecidos en la norma comunitaria es buena prueba de que nos encontramos ante una norma de coordinación. Seguirán aplicándose, por tanto, las reglas y principios del derecho interno de cada Estado, bien por remisión expresa del Reglamento bien por falta de previsión en el mismo, eso sí, en ambos casos, tamizados por los principios generales del ordenamiento comunitario y, por supuesto, en tanto no se opongan a las concretas previsiones del ordenamiento supraestatal.

- V -

La existencia de un entramado administrativo, desde el punto de vista orgánico, que respondiera a un único criterio organizativo facilitaría el cumplimiento y la interpretación uniforme de las normas, tanto sustantivas como procesales, contribuyendo a agilizar los trámites establecidos en las mismas, con ventajas derivadas tanto para los beneficiarios como para la siempre perseguida simplificación administrativa. La inexistencia de este soporte, específicamente orientado a ejecutar el sistema de Seguridad social del que se benefician los trabajadores migrantes, es un escollo más a salvar en la realización de las normas de la Comunidad.

Habiéndose renunciado a la creación de esa red orgánica para llevar a efecto la normativa supranacional, "son las propias Entidades gestoras de cada Estado las que deben preocuparse de aplicar los Reglamentos comunitarios, en cumplimiento de cuyas previsiones resultará harto imprescindible, con frecuencia, la colaboración entre instituciones de uno y otro país"¹³. Con esta situación la

¹³ "(para intentar intercambiar o suministrar información sobre el presunto beneficiario, para compartir el coste de las prestaciones a satisfacer, actuar en nombre o por cuenta de otra institución, fiscalizar el cumplimiento de ciertos requisitos, etc.)" MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V., "Derecho social europeo", Madrid 1994, pág. 247.

La Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes aprobó la Recomendación nº 19 (D.O.C.E. nº C 199, de 23.7.1993) para impulsar la colaboración de los Estados en la aplicación de la normativa comunitaria. Por su indudable interés para los aspectos que aquí estudiaremos, textualmente la citada Recomendación señala:

"Recomendación nº 19, de 24 de noviembre de 1992, relativa a la mejora de la cooperación entre Estados miembros en la aplicación de la normativa comunitaria.

La Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes,

Vistas las letras c) y d) del artículo 81 del Reglamento (CEE) nº 1408/71 en virtud del cual se encargará de promover y desarrollar la colaboración entre los Estados miembros y visto el artículo 84, que prevé la ayuda administrativa mutua de las autoridades e instituciones de los Estados miembros,

Considerando que se ha confiado a las instituciones de seguridad social el cumplimiento de una misión social sobre la base del principio de solidaridad y que, por consiguiente, todas las medidas que se adopten estarán dirigidas a asegurar un mejor servicio a las personas a las que sean aplicables los Reglamentos Comunitarios;

Considerando que la aplicación de la normativa comunitaria requiere una colaboración interestatal más estrecha, que permita en particular el control de la situaciones acaecidas en el territorio de otro Estado miembro;

Considerando que las autoridades de los Estados miembros pueden desempeñar el papel de intermediario en el pago de las prestaciones, ya que el reembolso de las prestaciones sólo es exigido posteriormente por el Estado competente; que además la institución encargada de la concesión de las

prestaciones pone en aplicación las disposiciones de su legislación, como si el interesado estuviera afiliado a ella; que los Estados miembros constatan a veces en su propio territorio hechos que condicionan la apertura o la conservación de derecho a las prestaciones de otro Estado miembro;

Considerando que la confianza mutua entre las instituciones de seguridad social debe presidir la aplicación de la normativa comunitaria:

Considerando que el conjunto de disposiciones de dicha normativa y la cooperación entre los Estados miembros deben tener en cuenta el objetivo perseguido, es decir, el establecimiento de una libre circulación de los trabajadores migrantes lo más completa posible, principio que se inscribe en los fundamentos de la Comunidad;

Considerando que de la jurisprudencia del Tribunal se desprende que las posibles dificultades no deberán poner en tela de juicio la interpretación de ninguna de las disposiciones del Reglamento, tal como se deduce de su texto y de su finalidad; que asimismo el Tribunal subrayó en jurisprudencia que "esos problemas prácticos pueden resolverse mediante la adopción de medidas nacionales o comunitarias" (traducción provisional) destinadas a mejorar la eficacia del procedimiento establecido por los reglamentos;

Considerando que, en el marco de la subsidiariedad, los Estados miembros pueden adoptar medidas nacionales sin que ello atente contra los objetivos de la normativa comunitaria y nacional;

Considerando que todo intercambio de información entre instituciones debe efectuarse respetando las reglas comunitarias y nacionales vigentes sobre el tratamiento de los datos de carácter personal en toda la Comunidad, puesto que, al ser la protección de la intimidad un derecho fundamental del ciudadano, la transparencia reviste para éste una importancia primordial, especialmente en lo que respecta a los flujos de datos transfronterizos dentro del mercado único,

Recomienda a las autoridades competentes de los Estados miembros la adopción de las medidas oportunas previstas por la normativa comunitaria para mejorar la eficacia de los procedimientos de cooperación entre instituciones de seguridad social.

Esta cooperación de los Reglamentos (CEE) nº 1408/71 y nº 574/72, en particular:

- favoreciendo contactos especializados en el interior de las instituciones de los Estados miembros,

- desarrollando el intercambio de información entre las instituciones, que debería tener como objetivo mejorar la eficacia de servicio en beneficio de las personas a las que sean aplicables los reglamentos comunitarios y contribuir a la transparencia en la aplicación de la normativa

cooperación entre instituciones se mantiene, también en el ámbito comunitario, al igual que en las normas clásicas de la Seguridad social internacional, como un principio básico en su esquema de funcionamiento sin que, tampoco en este aspecto, se haya pretendido avanzar mas allá de la ilusión unificadora creada por la "Unión".

1.2.- Preceptos aplicables a la solicitud y tramitación de las prestaciones de invalidez en el Reglamento 574.

1.2.1.- Confusa estructuración normativa.

El método empleado y las continuas remisiones del Rgto. 574 a preceptos del Reglamento base hacen difícil que, en una primera visión, afloren sin perfiles difusos cuales son los preceptos aplicables a las prestaciones de invalidez y, sobre todo, cuáles lo son en función del tipo de invalidez¹⁴. Entendiendo que una labor clarificadora en

comunitaria y nacional el evitar los abusos".

¹⁴ Refiriéndose a la dificultad de los textos reglamentarios se ha dicho que "para la evolución comunitaria de las normas de coordinación, los últimos 10

este punto facilitará la exposición general de la materia, vamos a proceder a diseccionar la norma para descubrir su articulación al respecto.

Iniciando el camino desde lo general a lo concreto, comenzaremos señalando que la tramitación de las prestaciones de invalidez está prevista en el capítulo 3, artículos 35 a 59 del Reglamento de aplicación. En él se estructura, de forma conjunta y un tanto confusa, la coordinación administrativa para las prestaciones de "invalidez, vejez y muerte (pensiones)", lo que inevitablemente nos llevará, en su momento, a ajustar el sentido de alguno de sus preceptos desde la óptica exclusiva de las prestaciones de invalidez.

La técnica legislativa empleada por el Rgto. 574 es más deficiente que la utilizada por el Rgto. 1408, siendo otra muestra de la falta de atención a la que reiteradamente se ha sometido a esta norma. Así, por ejemplo, el Reglamento no divide expresamente sus capítulos ni en títulos ni en secciones, se limita, únicamente, a encabezar grupos de artículos con una denominación común para todos ellos.

años han aportado modificaciones substanciales, tanto de fondo como de forma contribuyendo ... a que el ya confuso y enrevesado articulado del Reglamento 1408/71 se convierta definitivamente en un texto cabalístico, iniciático y críptico, idóneo únicamente par expertos en jeroglíficos y en alquimia", GARCIA DE CORTAZAR Y NEBRED, C., "La Seguridad Social comunitaria en la última década (1987-1997). Coordinación. Armonización. Convergencia de objetivos. Concertación. Panorama general", Rev. Noticias de la UE, nº 157, febrero, 1998; pág. 7.

No obstante, siguiendo esos epígrafes comunes, a los que para una más clara exposición nosotros denominaremos secciones, podemos sostener que el capítulo 3 está dividido en las cuatro siguientes:

1ª.- "Presentación y tramitación de las solicitudes de prestaciones", artículos 35 a 40.

2ª.- "Tramitación de las solicitudes de prestaciones de invalidez, de vejez y de supervivencia, en los casos a que se refiere el artículo 36 del Reglamento de aplicación", artículos 41 a 50.

3ª.- "Control administrativo y médico", artículos 51 y 52.

4ª.- "Pago de prestaciones", artículos 53 a 59.

Producto, también, de la enrevesada regulación empleada son los ambiguos títulos de las secciones primera y segunda, pues en ambos encabezamientos se alude a la tramitación de solicitudes como parte de su contenido. Para aclarar este extremo debemos acudir a la concreta regulación y contenido de los preceptos de la sección primera.

De acuerdo con las previsiones específicas de cada artículo de la sección encontramos que, primero, el artículo 35 se refiere, esencialmente, a la presentación de solicitudes de invalidez tipo A; segundo, que el artículo 36 regula la presentación de solicitudes de invalideces tipo B, estableciéndose en el artículo 37 los documentos que deben acompañarse en estos casos; tercero, que el artículo 38, aplicable en ambos supuestos, especifica los documentos que deben aportarse cuando sobre la cuantía de las prestaciones de invalidez incide la existencia de miembros de la familia; y, por último, que el artículo 39 dicta reglas de tramitación para las solicitudes de invalidez tipo A.

Así pues, la sección primera contiene normas que regulan la presentación de solicitudes tanto para la invalidez tipo A como para la invalidez tipo B, y, así mismo, recoge reglas que establecen cuál debe ser la tramitación de las solicitudes de invalidez tipo A exclusivamente. Tramitación de estas peticiones, por tanto, que es a la única a la que hace referencia el epígrafe de la sección a pesar de la generalidad de su redacción.

Por el contrario, las reglas de tramitación de la sección segunda son las aplicables a las solicitudes de prestaciones de invalidez tipo B, reguladas por el artículo 36, precepto al que se menciona expresamente en el encabezamiento de esta sección.

1.2.2.- Inaplicación subsidiaria de las reglas de tramitación de las solicitudes de invalidez tipo B a la tramitación de solicitudes de invalidez tipo A.

Aclarada la denominación de los apartados del capítulo debemos dar un paso más para señalar que, también, las reglas de tramitación de las prestaciones de invalidez tipo A del artículo 39 son las únicas aplicables a este tipo de prestaciones, o, al menos, esto es lo que parece deducirse del texto de la norma. Así es, el artículo 39, penúltimo de la sección, regula, como hemos señalado, la tramitación de las solicitudes de prestaciones de invalidez tipo A, estableciendo en el último número del precepto que los artículos 41 a 50 del Rgto. 574 no se aplicarán en estos casos.

Con esta previsión, unida al título de la sección segunda, sección que está formada por los artículos 41 a 50 y cuyo encabezamiento indica que solo es aplicable a los supuestos del artículo 36, podemos entender que la intención del legislador comunitario es clara y contundente en el sentido de impedir, ni siquiera con carácter subsidiario, la aplicación de las reglas de tramitación e instrucción de las invalideces tipo B a las invalideces tipo A.

En todo caso, y aún con tal pretensión, veremos que en alguna ocasión es difícil su cumplimiento, teniendo en cuenta las escasas reglas que contiene el artículo 39 sobre la tramitación de solicitudes de invalidez tipo A, pero, aún así, a ella tendremos que atenernos como criterio de interpretación limitativo.

1.2.3.- Preceptos aplicables a cada tipo de invalidez.

Por último, y tratando de esquematizar los preceptos comunitarios referidos a las prestaciones de invalidez, una vez aclarada y adecuada la denominación de las secciones a su contenido e indicado el detalle de las normas de tramitación, podemos concretar que:

1º. Se aplican a las prestaciones de invalidez tipo A los artículos 35, y en su caso el 38, para la solicitud de las prestaciones y el artículo 39 para el trámite de las solicitudes.

2º. A las prestaciones de invalidez tipo B, se aplican a la solicitud los artículos 36 y 37, y en su caso el 38, y los artículos 41 a 50 para al trámite e instrucción de aquellas.



3º. El resto de preceptos de las que denominamos secciones tercera y cuarta son válidos, en principio, tanto para la invalidez tipo A como para la invalidez tipo B.

Consideramos importante tener siempre como referencia esta estructuración para poder comprender, con relativa facilidad, las cabalísticas reglas de los Reglamentos que expondremos en este capítulo.

1.3.- Estructura básica de los procedimientos comunitarios.

Supondría una repetición innecesaria volver a decir que a lo que a lo que se dedica este capítulo es al estudio de los procedimientos para el reconocimiento de las prestaciones por invalidez. Sin embargo, teniendo ese propósito como hilo conductor, lo que haremos en este epígrafe, que a su vez desdoblamos en dos, es dar noticia breve o esquemática, de cuál es la estructura del mencionado procedimiento, distinguiendo, para ello, según el tipo de prestación de invalidez. La única intención de estas líneas es, por su propio contenido, el que puedan servir de guía, de orientación o de brújula para seguir la exposición pormenorizada, esperamos, que haremos a lo largo

del capítulo, permitiendo con ello reconocer el camino procedimental en cada caso a pesar de los múltiples vericuetos por los que discurre y que, en múltiples ocasiones pueden despistar nuestra orientación.

1.3.1.- En el supuesto de la invalidez tipo A.

Cuando la prestación que se solicite, o que se vaya a reconocer, sea de las denominadas del tipo A el "procedimiento comunitario" para su reconocimiento es relativamente simple. Presentada la solicitud por el interesado ante la institución que corresponda, ésta reconocerá o denegará la prestación aplicando para ello básicamente su legislación, tanto sustantiva como procesal.

La sobriedad de la exposición hace necesarias algunas precisiones para su correcto entendimiento. Así, no obstante lo dicho, será obligado, desde el plano comunitario, resolver determinadas cuestiones sobre la institución competente en cada caso; también será preciso estudiar los requisitos que ha de reunir la solicitud cuando está no se presente ante la institución que resulte competente; de igual modo, se hace referencia en los

Reglamentos, desde el punto de vista procedimental, a algunos aspectos relativos a la totalización de períodos cuando el interesado no reúna los necesarios para tener derecho a las prestaciones solicitadas al amparo exclusivo de la legislación que aplique la institución competente; así mismo, se regulan y, por tanto estudiaremos, las reglas que rigen cuando la institución que originariamente resulte competente no reconozca ninguna prestación pero el interesado pueda tener derecho a prestaciones en otros Estados.

En todo caso, aparte de que los Reglamentos regulen estos y otros aspectos esenciales en el desarrollo del proceso, a los cuales dedicaremos nuestra atención, reiteramos que en el supuesto de las prestaciones de invalidez tipo A las reglas que rigen son, básicamente, las reglas de la legislación que aplica la institución competente. Sabiendo, por tanto, que en estos supuestos de invalidez la prestación es única y está a cargo de una sola institución, las reglas que rigen la concesión de las prestaciones en la legislación de la mencionada institución serán las reglas aplicables.

Por supuesto, siendo conocido el objeto de esta obra, nuestro estudio se limitará al análisis de las reglas comunitarias que inciden sobre los procedimientos nacionales en los aspectos que hemos visto, no entrando, por tanto, en la regulación estatal correspondiente en cada

caso.

1.3.2.- En el supuesto de la invalidez tipo B.

Las reglas comunitarias aplicables a los procedimientos de concesión de prestaciones de invalidez tipo B son más detalladas que las referentes a las prestaciones de invalidez tipo A por lo que su exposición y estudio va requerir una mayor atención.

Como sabemos, en estos casos, el interesado tendrá derecho a prestaciones de invalidez tipo B, bien nacionales completas o bien prorrateadas, en todos los Estados a cuyas legislaciones haya estado sometido. Ello va a suponer que al estar implicadas un mayor numero de instituciones será necesario un intercambio de información más elevado entre las diferentes instituciones y con ello una coordinación procedimental mucho más compleja que la que puede plantearse en los supuestos de prestaciones de invalidez tipo A.

En efecto, presentada la solicitud por el interesado ante una institución competente, esta, que por el hecho de recibir la solicitud se va a convertir en institución

instructora del que podemos llamar expediente comunitario, la transmitirá a las demás implicadas solicitando de ellas, a su vez, básicamente, los períodos que el trabajador estuvo sometido a sus respectivas legislaciones. Una vez que la institución conoce estos datos los remite a todas las instituciones implicadas para que cada una, conociendo los períodos que el trabajador estuvo sometido a su legislación y a las demás, reconozca, en el supuesto de que el solicitante reúna los demás requisitos exigidos por la legislación que aplica (básicamente la alteración de la salud suficiente) , una prestación nacional completa o una prestación prorrateada, en aplicación de las reglas generales para la liquidación de las prestaciones en estos casos, reglas que estudiamos en el capítulo segundo. En cualquier caso, las resoluciones dictadas por todas las instituciones implicadas serán transmitidas a la institución instructora para su notificación al interesado.

Básicamente este es el procedimiento aplicable en estos supuestos. Evidentemente todos los pasos que hemos apuntado requieren de variadas puntualizaciones respecto a las instituciones competentes, instructora, requisitos de las solicitudes, proceso de intercambio de información, reconocimientos médicos, notificación de las resoluciones, etc., aspectos a cuyo estudio dedicamos gran parte de los epígrafes siguientes.

**2.- INSTITUCIONES IMPLICADAS: INSTITUCIÓN COMPETENTE,
INSTITUCIÓN DEL LUGAR DE RESIDENCIA, INSTITUCIÓN
DEL LUGAR DE ESTANCIA. INSTITUCIÓN INSTRUCTORA.**

Con los términos "institución competente", "institución del lugar de residencia" e "institución del lugar de estancia" se designa la posición que, en cada caso concreto, va a ocupar la entidad estatal correspondiente en la relación jurídica de seguridad social creada por los Reglamentos comunitarios. Dado el alcance de estas situaciones así como la transcendencia de su correcta delimitación, tanto para el abono de las prestaciones como para la tramitación de los expedientes, el Rgto. 1408¹⁵ se ve en la necesidad de definir cada uno de los conceptos señalados para evitar los equívocos o dificultades que la falta de tal precisión podría acarrear tanto al intérprete como a las propias instituciones en la aplicación de la norma¹⁶.

Con buen criterio, comienza definiendo el Reglamento el término "institución" con carácter general, indicando

¹⁵ Recuérdese que conforme al artículo 1 c) del Rgto. 574 "los términos definidos" en el artículo 1 del Rgto. 1408 tienen la misma significación para el Rgto. 574.

¹⁶ Un glosario de términos utilizados en el Reglamento en MARIN CORREA, J.M., en "Perspectiva general de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes", II Jornadas sobre la Comunidad Europea. Sevilla 1994, págs. 284-285.

que "designa, para cada Estado miembro, el organismo o la autoridad encargada de aplicar la totalidad o parte de la legislación"¹⁷. Por supuesto, la legislación a la que se refiere es a la de Seguridad Social y concretamente a la incluida en los Reglamentos comunitarios, que, en buena medida, constituye su campo de aplicación material¹⁸.

Uno de los términos básicos y esenciales, tanto para la construcción de la coordinación comunitaria de Seguridad Social, como para su entendimiento, es el de "institución competente". Sin su correcta utilización y comprensión es difícil dar con el quid del rompecabezas normativo e inferir el juego y alcance de sus reglas.

El carácter primordial del término le hace adquirir significaciones distintas en función del acento en que se haga hincapié en una relación jurídica concreta. Quizás por ello el Reglamento proporciona cuatro significados alternativos en su artículo 1, letra o), de "la expresión 'institución competente'". Así, señala que con ella se "designa:

- i) a la institución a la cual el interesado esté afiliado en el momento de la solicitud de prestaciones, o,

¹⁷ Artículo 1, letra n).

¹⁸ Sobre el campo de aplicación material de los Reglamentos comunitarios véase lo dicho en el capítulo 1, epígrafe 1 y nota al mismo.

- ii) a la institución de la cual el interesado tiene derecho a prestaciones o tendría derecho a prestaciones si residiera, o si el miembro o los miembros de su familia residieran en el territorio del Estado miembro donde se encuentra esta institución, o,
- iii) a la institución designada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate, o
- iv) si se trata de un régimen relativo a las obligaciones del empresario en relación con las prestaciones mencionadas en el apartado 1 de artículo 4, ya sea el empresario o el asegurador subrogado, ya sea, en su defecto, el organismo o la autoridad designada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate".

En definitiva, puede ser institución competente, en razón del aspecto que se regule, o la de afiliación, o la que debe las prestaciones, o la que esté designada en cada Estado como tal, o, cuando el obligado sea un empresario o asegurador del mismo, la designada por cada Estado. Básicamente, por lo que nos interesa en relación con las prestaciones de invalidez, será institución competente, con carácter general, aquella o aquellas que deben abonar estas

prestaciones, que en la invalidez tipo A será una única institución y en la invalidez tipo B pueden ser varias.

Las expresiones "institución del lugar de residencia" e "institución del lugar de estancia" designan respectivamente a la institución habilitada para servir las prestaciones en el lugar en que reside el interesado, y la institución habilitada para abonar las prestaciones en el lugar donde se encuentra, según la legislación que aplique esta institución o, si dicha institución no existe, la institución designada por la autoridad competente del Estado miembro de que se trate"¹⁹.

A diferencia de la de institución competente, estas expresiones sólo van a jugar en los supuestos en que se deban prestaciones. Quizás donde desarrollen toda su potencialidad sea en la regulación de las prestaciones de enfermedad y en las de desempleo. Así, por ejemplo, respecto de las prestaciones de enfermedad en especie, las obligaciones y derechos, tanto del beneficiario como de la institución, serán diferentes dependiendo de que el interesado "resida" o se "encuentre" en un determinado país. En cualquier caso, también van a jugar algún papel en relación con determinados supuestos de las prestaciones de invalidez, como veremos al estudiar la presentación y tramitación de solicitudes y como hemos visto, por ejemplo, al analizar el control y reconocimiento médico de los

¹⁹ Artículo 1, letra p), del Rgto.1408/71.

inválidos cuando no se encuentran o residen en el territorio del Estado de la institución competente o deudora de la prestación²⁰.

Por último, en el Anexo 2 del Rgto. 574 figuran las concretas instituciones competentes de cada Estado. De acuerdo con lo dispuesto en su letra D)²¹ son instituciones competentes, en España, para todas las contingencias, salvo la de desempleo, y para todos los regímenes, salvo el Régimen especial del mar, las Direcciones provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social²²; para el Régimen especial del mar es

²⁰ Véase a este respecto lo dicho en el epígrafe 4 del Capítulo I.

²¹ La letra D) del anexo 2 textualmente señala:
"D) ESPAÑA

1. Todos los regímenes, salvo el régimen especial de los trabajadores del mar:

a) Para todas las contingencias salvo desempleo:
Direcciones provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

b) Desempleo: Direcciones provinciales del Instituto Nacional de Empleo.

2. Régimen especial de los trabajadores del mar:
Instituto Social de la Marina, Madrid.

3. Para las pensiones de invalidez y vejez, en su modalidad no contributiva: Instituto Nacional de Servicios Sociales, Madrid".

²² Para determinar la competencia de una concreta Dirección provincial, señala el artículo 2 de la Orden de 18 de enero de 1996, que "serán competentes para iniciar, instruir y resolver los procedimientos para el reconocimiento de derechos por incapacidad laboral las Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social de la provincia en que tenga su domicilio el interesado" y "si el interesado residiese en el

institución competente el "Instituto Social de la Marina. Madrid", no sus Direcciones provinciales.

2.1.- Institución Instructora.

El Reglamento de aplicación asume, con el mismo sentido y significación, las definiciones del Reglamento base, para todo lo relacionado con la ejecución e interpretación de sus normas, como acabamos de señalar, pero, además, se ve en la necesidad de aclarar la acepción de algún término nuevo que resulta imprescindible para poder expresarse con

extranjero, la competencia para el ejercicio de las citadas funciones corresponderá a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de la provincia en la que el causante acredite o alegue las últimas cotizaciones". La competencia concreta, por tanto, se determina en función de que el trabajador resida en España o fuera de España en el momento de solicitar la prestación, no en función de que haya trabajado o no en el extranjero en su última actividad. Estas mismas reglas se aplicarán a los trabajadores del Régimen Especial del Mar, sustituyéndose, en este caso, la referencia a las Direcciones provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social por la referencia al Instituto Social de la Marina, Madrid, en virtud de lo dispuesto en el citado Anexo 2 del Rgto. 574, entendiéndose modificada en este aspecto la Disposición adicional cuarta de la citada Orden de 18 de enero de 1996, que parece prever, a pesar de su no muy precisa redacción, que las funciones encomendadas al Director provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social las asuma, en el ámbito del Régimen especial del mar, el Director provincial del Instituto Social de la Marina.

claridad y agilidad en las materias que se regulan en él. Así ocurre, por ejemplo, con la expresión "institución instructora".

Adelantándonos a la referencia normativa, y expresándolo con una frase gráfica, la institución instructora es la que va a llevar el peso del proceso de formación del que podemos denominar expediente comunitario de invalidez. Según lo dispuesto en el artículo 41.1 del Reglamento de aplicación, se designará con la expresión "institución instructora" a aquella encargada de tramitar las solicitudes que le hayan sido dirigidas o trasladadas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 36 del mismo Reglamento. De ella podemos decir que es, por un lado, el punto de enlace entre las instituciones comunitarias implicadas en un asunto concreto y, por otro, el punto de encuentro de las diferentes instituciones con el solicitante de la prestación.

La referencia al artículo 36, así como su definición en el artículo 41.1, incluido dentro de la sección segunda, supone, en primer lugar, que será institución instructora, concretamente, o aquella institución del lugar de residencia del interesado, si a ella estuvo sometido el solicitante, o, si no estuvo sometido a ella, lo será aquella "a cuya legislación haya estado sometido el

interesado en último lugar"²³.

Así mismo, la mención del artículo 36 y la ubicación del precepto donde se define el término, determinan, también, y en segundo lugar, que sólo es admisible esta denominación para la institución que reciba y trámite solicitudes de invalidez tipo B y no para la que instruya solicitudes de invalidez tipo A, que están reguladas, como sabemos, en el artículo 35 y a las que no se aplican las previsiones de la sección segunda.

Independientemente de que consideremos que la expresión debería haberse generalizado para referirse a la institución que trámite las solicitudes de invalidez, tanto de uno como de otro tipo, quizás la causa de esta limitación esté en que en la invalidez tipo A, donde solo se deben prestaciones por un Estado, los conceptos institución competente e institución instructora, desde el punto de vista comunitario, son menos nítidos. En todo caso, y a pesar de esa confusión y fusión entre institución competente e instructora que se produce en los supuestos de la invalidez A, entendemos que la institución que recibe y tramita una solicitud debería denominarse, siempre, institución instructora, pues aún en los supuestos de invalidez tipo A puede ser precisa, como sabemos, la elaboración de un "expediente comunitario" con aplicación

²³ Véase lo dicho en el epígrafe 4.2 de este capítulo, sobre el artículo 36 y la solicitud de prestaciones en la invalidez tipo B.

de reglas, por ejemplo, de totalización, de exportación de prestaciones, de colaboración administrativa, etc.

3.- EL IDIOMA EN EL PROCEDIMIENTO DE COORDINACIÓN.

En una comunidad plurilingüística como la europea era de esperar que el idioma tuviera un papel destacado que representar en todos sus espacios, sobre todo cuando el mismo es considerado, al tiempo, como vehículo de comunicación, símbolo de identidad y banderín de enganche en numerosas batallas y, por ello, uno de los escollos más difíciles de salvar en el camino de la Unión²⁴. Consciente de ello, el legislador comunitario dedicó su primer Reglamento, el número 1, a fijar el régimen lingüístico de la Comunidad²⁵.

Como no podía ser de otro modo, el ámbito de la

²⁴ Sobre este particular señaló LANGENDOCK, P.VAN que "la posición de Europa como potencia mundial es muy diferente de la de los Estados Unidos, la Unión Soviética o China. Hay una diferencia muy importante en las tradiciones culturales de los distintos países europeos, simbolizada en sus diferentes lenguas. La ausencia de una lengua común entre todos los países de la Europa Occidental le impedirá hacerse una nación tan sólida como Rusia, China o los Estados Unidos", en "Los sistemas de Seguridad Social y el Mercado Unico Europeo", opus cit.; págs. 35-36.

²⁵ Diario Oficial nº 385, de 6.10.1958.

Seguridad Social no se ha escapado de su influjo, ni desde su consideración normativa, ni desde la conflictividad judicial que en su razón se ha planteado. Enfocando el problema desde una vertiente procedimental, que es la que aquí nos interesa, este ha recibido y requerido atención tanto en relación con la solicitud como con referencia a la resolución y su notificación, lo que nos ha inducido a su tratamiento separado para una exposición más precisa, en términos metodológicos.

3.1.- El idioma en la solicitud.

3.1.1.- Referencia normativa.

La solicitud es, con carácter general, el acto de iniciación de un procedimiento a instancia de un particular. En ella el interesado va a concretar su petición, lo que determinará, normalmente, el concreto tipo de procedimiento que deberá seguirse por parte de la Administración. En el ámbito de la Seguridad social de los trabajadores migrantes puede ser frecuente que el

peticionario no conozca o no domine el idioma del Estado a cuya institución se dirige o, por el contrario, que la institución receptora de la solicitud no tenga como idioma oficial aquél que el interesado emplea para formular su demanda.

Con la intención de superar esas dificultades, las normas de coordinación internacional suelen establecer previsiones que permitan a los interesados utilizar su lengua, o una que dominen, al dirigirse a una institución, con independencia de que sea o no la oficial de esa Administración. Las normas comunitarias obligan, además, a la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes a traducir las peticiones en los supuestos en que las instituciones estatales lo requieran, con lo que, de alguna manera, intentan aliviarles de la carga impuesta al tener que admitir documentos redactados en otro idioma.

Esa es la finalidad y el objetivo del Reglamento base al señalar, en su artículo 84.4, que "las autoridades, las instituciones y los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro no podrán rechazar las peticiones u otros documentos que les sean dirigidos, por el hecho de que estén redactados en el idioma oficial de otro Estado miembro. Recurrirán, si fuese necesario, a lo dispuesto en la letra b) del artículo 81". De esta previsión se ha dicho que constituye un punto más en la "línea de facilitación

de las cosas al interesado"²⁶, raya trazada por los Reglamentos con el ánimo, una vez más, de dar contenido al principio de libre circulación de trabajadores.

La inclusión de los "órganos jurisdiccionales" entre los sujetos obligados a admitir los documentos redactados en otro idioma no constaba expresamente en el Rgto. nº 3, planteándose, por ello, dudas sobre si estaban o no afectados por la regla. En efecto, en la interpretación del artículo 45.4 del Rgto. nº 3, precedente del actual artículo 84.4, se cuestionó si el término autoridades, único utilizado por el citado artículo 45.4, incluía a los organismos jurisdiccionales. El interrogante fue resuelto por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 5 de julio de 1967, Guerra (viuda de Pace Pietro)²⁷, señalando que "la obligación de aceptar las peticiones redactadas en la lengua oficial de otro Estado miembro, impuesta a aquellos organismos encargados de la aplicación de la legislación en materia de seguridad social, debe afectar también a las autoridades encargadas del control judicial de dicha aplicación, ya que este control constituye, según los

²⁶ "En esta misma línea de facilitación de las cosas al interesado se encuentra la disposición contenida en el artículo 84.4 que permite la presentación de solicitudes y otros documentos en cualquiera de los idiomas de los Estados comunitarios, permitiendo así al trabajador migrante expresarse libremente en su propio idioma", RODRIGUEZ-PINERO, M. "La seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas", opus cit., pág. 380.

²⁷ Sentencia de 5 de julio de 1967, asunto 6/67, Guerra (viuda de Pace Pietro), Rec. 1967, págs. 283 y ss.

principios de protección jurídica de todos los Estados miembros, una garantía necesaria de acción administrativa". Por ello consideró que "las jurisdicciones nacionales competentes en materia de seguridad social" estaban incluidas entre las autoridades que indicaba el precepto, aclarando posteriormente, en el asunto Merola, que se refería a "toda jurisdicción nacional competente en materia de seguridad social"²⁸.

Dijimos antes que las reglas comunitarias establecían, además, la obligación de traducir los documentos. Este deber está decretado en el artículo 81, letra b), precepto al que alude el artículo 84. En él se atribuye a la Comisión Administrativa sobre la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes el disponer "a requerimiento de las autoridades, las instituciones y las jurisdicciones competentes de los Estados miembros, la traducción de cualquier documento relacionado con la aplicación del presente Reglamento y, en particular, la traducción de las peticiones que presenten las personas que puedan beneficiarse del presente Reglamento".

No será requisito de la solicitud, por tanto, estar redactada en el idioma del Estado ante el que se presenta o al que se dirija, siempre que esté redactada en un idioma oficial de otro Estado de la Unión. Por consiguiente, las

²⁸ Sentencia de 13 de diciembre de 1972, asunto 45/72, Merola, Rec. 1972, pág. 1225.

"autoridades" que reciban una petición en el idioma de otro Estado no podrán inadmitirla por esa circunstancia, teniendo, eso sí, la posibilidad de acudir a su traducción bien por sí mismas o bien con la colaboración de la Administración comunitaria. A sensu contrario, entendemos que es un requisito de la instancia su expresión en un idioma oficial de algún Estado de la Unión, pues en otro caso no jugarían las previsiones de los Reglamentos, por ello la traducción a la que el Reglamento obliga a la Comisión Administrativa es a la de documentos redactados en un idioma oficial de algún Estado miembro, no a la de otros idiomas que puedan hablarse pero que no sean oficiales, sin perjuicio, no obstante, de los efectos que los documentos redactados en estas lenguas puedan o no traer consigo de acuerdo con la legislación nacional de cada Estado²⁹.

²⁹ El uso de la lengua en nuestro procedimiento administrativo está regulado en el artículo 36 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. "Este artículo pretende plasmar legislativamente la doctrina constitucional aludida (se refiere a las sentencias del Tribunal Constitucional 82, 83 y 84/1986 que había citado con anterioridad) con una serie de reglas bastante simples y claras en abstracto, pero de aplicación materialmente muy compleja y que ofrecen algunas dificultades interpretativas" en, VVAA "Comentario sistemático a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del Procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)", Madrid 1993, pág 151. Problemas "que hay que abordar y resolver a partir del principio de la efectividad de las garantías del ciudadano frente a la Administración y la categórica proscripción de la indefensión contenida en el artículo 24 de la Constitución ('sin que en ningún caso pueda producirse indefensión')", GARCÍA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. "Curso de Derecho administrativo (II)", cuarta edición, pág. 501. Dificultades de aplicación e interpretación que, quizás, en algún supuesto también puedan plantear algún interrogante en la aplicación de la normativa comunitaria.

3.1.2.- Precisiones del Tribunal de Justicia.

Fuera ya de los sujetos obligados por los preceptos reglamentarios, el tema del idioma en los actos de comunicación con las autoridades e instituciones fue abordado y resuelto al hilo de la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 1977, M. Maris³⁰, lo que nos obliga a detenernos en su exposición y análisis.

El supuesto en el que se apoya la resolución del Tribunal se concreta en un relato de hechos prototípico de una trabajadora migrante. La Sra. Maris, de nacionalidad belga, estuvo empleada sucesivamente en Bélgica, Alemania, Bélgica y, por último en Francia, lugar de su residencia en el momento de plantearse el asunto. Cuando solicitó su pensión de jubilación, en aplicación de las previsiones de los Rgtos. 1408 y 574, la institución competente de Bruselas resolvió denegarle la prestación demandada. La Sra. Maris recurrió la resolución ante el Tribunal de Trabajo de Amberes redactando su recurso en francés.

En Bélgica, según el artículo 2 de la Ley de 15 de junio de 1935, relativa al empleo de los idiomas en materia

³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 1977, asunto 55/77, M. Maris, esposa de Roger Reboulet, Rec. 1977-pág. 2327.

judicial, todo proceso debe desarrollarse en neerlandés ante todos los órganos jurisdiccionales civiles y comerciales de primera instancia cuya sede se encuentre en la provincia de Amberes; el artículo 40 de dicha ley y el artículo 862 del Código Judicial obligan al Tribunal ante el que se someta el caso a declarar de oficio la nulidad de la demanda o recurso que no esté redactado en dicho idioma. Por su parte la sra. Maris alegó que ella tenía derecho a redactar su recurso en francés en aplicación del artículo 84.4 del Rgto. 1408.

Abierto el debate judicial sobre el particular, el Tribunal belga envió al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

" 1. ¿Prevalece la disposición del artículo 84, apartado 4, del Reglamento 1408/71, para todos aquéllos que entran en el campo de aplicación "ratione personae" (artículo 2) de dicho Reglamento, sobre la ley de 15 de junio de 1935 relativa al empleo de los idiomas en materia judicial y, más particularmente, sobre los artículos 2 y 40 , párrafo 1, de dicha ley?.

2. En particular, ¿la disposición del artículo 84, apartado 4, del Reglamento 1408/71 se refiere también a las demandas presentadas ante un tribunal belga por una persona que tenga la

nacionalidad belga y entre en el campo de aplicación "ratione personae" (artículo 2) del Reglamento?.

3. ¿Importa, eventualmente, a los fines de la aplicación del artículo 84, apartado 4, del Reglamento 1408/71, que el interesado resida en Bélgica o en otro Estado miembro en el momento de la presentación de la demanda ante el Tribunal belga?".

Las tres cuestiones apuntaban a tres puntos neurálgicos del problema. De su solución dependía, en gran medida, la posibilidad de que los trabajadores migrantes utilizaran sus idiomas frente a las Administraciones de otros Estados. Quizás por ello el Tribunal no dejó pasar la ocasión para pronunciarse con claridad y rotundidad en favor de una interpretación que fortaleciera, una vez más, el principio de libre circulación de trabajadores y, por consiguiente, en apoyo de una solución positiva para los trabajadores migrantes.

El Tribunal comenzó indicando el carácter general y globalizador de situaciones que tiene el precepto, por lo que irradia las soluciones dadas a los diversos supuestos de nacionalidad y residencia de los trabajadores que puedan plantearse. Señaló, desde esta perspectiva, que la

previsión del artículo 84.4 del Rgto. 1408 se "inscribe dentro del conjunto de medidas destinadas a asegurar la cooperación de las autoridades competentes al objeto de la puesta en práctica del régimen de seguridad social previsto por el Reglamento en favor de los trabajadores que se desplazan dentro de la Comunidad". Por ello, "teniendo en cuenta la gran diversidad de situaciones individuales a las que puede dar lugar la libre circulación de los trabajadores y de sus familias, el artículo 84, apartado 4, por razones prácticas, no hace ninguna distinción basada en la nacionalidad de las personas interesadas, ni en su residencia, desde el momento en que las peticiones o los documentos tengan por objeto la aplicación del Reglamento en cuestión; el carácter general de la norma enunciada y su aplicación uniforme en el conjunto de los Estados miembros se verían en peligro si correspondiera a las autoridades, instituciones y órganos jurisdiccionales de dichos Estados restringir el alcance en función de criterios relacionados con la nacionalidad o con la residencia de las personas interesadas;"

Ahora bien, no se olvidó el Tribunal de subrayar la limitación intrínseca que el precepto lleva inevitablemente consigo, pues "sólo se refiere a las peticiones presentadas por las personas que entran en el campo de aplicación del Reglamento 1408/71 y a los documentos aducidos con el fin de justificar sus derechos", aplicándose, por otro lado, sólo "en favor de los trabajadores que se han desplazado

entre dos o varios Estados miembros"³¹.

También remarca en su sentencia, desde otro ángulo, que la previsión reglamentaria en nada afecta al "al desarrollo general del procedimiento, que continúa siendo regulado por las leyes nacionales de cada Estado". Por lo que, con el fin de facilitar dicho desarrollo, el artículo 84.4, segunda frase, "prevé la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales ante los cuales se someta el caso, soliciten de la Comisión Administrativa, conforme a las disposiciones del artículo 81, apartado b), que se haga la traducción de cualquier documento relacionado con la aplicación del Reglamento 1408/71 y, en particular, las traducciones de las peticiones que presenten las personas que puedan beneficiarse de dicho Reglamento". Conclusión sólo extensible a los procedimientos administrativos de concesión de las prestaciones en materia de seguridad social, "con exclusión, por tanto, de los demás litigios en los que el trabajador pudiera eventualmente verse inmerso".

El Tribunal acabó sentenciando que "el artículo 84, apartado 4, del Reglamento 1408/71, ... impone a las

³¹ Esta idea la reiteró el Tribunal en su sentencia de 22 de septiembre de 1992, asunto 153/91, Petit, Rec. 1992-pág. 4973, donde señaló que el artículo 48 y el apartado 1 del artículo 51 del Tratado CEE y el Rgto. 1408, y principalmente su artículo 3 y el apartado 4 del artículo 84, no se aplican a las situaciones cuyos elementos se sitúan en su totalidad en el interior de un único Estado miembro.

autoridades, instituciones y órganos jurisdiccionales de los Estados miembros la obligación de aceptar, a pesar de cualquier disposición eventualmente divergente o contraria de su legislación nacional, todas las peticiones u otros documentos relativos a la aplicación de dicho Reglamento y redactados en el idioma oficial de otro Estado miembro, sin que esté permitido establecer a este respecto distinciones en función de la nacionalidad o de la residencia de las personas interesadas".

"Consecuentemente", llegó a decir P. WATSON³², con fina ironía británica, "un ciudadano del Reino Unido que resida en el mismo y que solicite una prestación de la seguridad social acogiéndose al Reglamento 1408/71, puede redactarla en cualquiera de los idiomas comunitarios que desee, sin que tenga importancia que no esté familiarizado con esa lengua o que su lengua madre o la lengua de su país de residencia sea la inglesa".

3.2. El idioma en la resolución y en su notificación.

3.2.1.- Referencia normativa.

Si el tratamiento del idioma en la solicitud tenía como objetivo que el trabajador pudiera formular su petición en

³² WATSON, Philippa, "El derecho de las Comunidades Europeas en materia de Seguridad Social ('Social Security law of the European Communities')", traducción y edición del Instituto Nacional de la Seguridad Social, edición a ciclostil, Madrid 1983, pág. 431.

un idioma que conociera, el régimen aplicable a la resolución pretende que la decisión que tome un Estado sobre la instancia presentada por el interesado le llegue, así mismo, en una lengua que él conozca.

Dentro de la sección segunda, del capítulo 3 del Rgto. 574, preceptos aplicables únicamente a la invalidez tipo B, como vimos, indica el artículo 48.1 que "las decisiones definitivas tomadas por cada una de las instituciones de que se trate se transmitirán a la institución instructora ... Al recibo de todas estas decisiones, la institución instructora las notificará al solicitante en la lengua de éste por medio de una nota de recapitulación a la que se adjuntarán dichas decisiones. Los plazos para interponer recurso sólo comenzaran a contar a partir de la fecha en que el solicitante reciba la nota de recapitulación".

Los problemas del contenido de la nota de recapitulación, así como los derivados de los recursos que caben contra las resoluciones y sus plazos, serán objeto de estudio al analizar la resolución como medio de terminación del procedimiento³³. Su mención en este momento sólo la utilizaremos como punto de apoyo para una más clara exposición.

Lo que aquí nos interesa, por tanto, es la previsión reglamentaria de que la resolución se notifique al

³³ Véase el epígrafe 6 de este capítulo.

interesado en su lengua. Tal norma, por otro lado, está contenida entre las aplicables únicamente a la invalidez tipo B, lo que puede poner en duda si la exposición subsiguiente es o no válida para los supuestos de la invalidez tipo A. Este es uno más de los problemas que se plantean por la escisión normativa del procedimiento en función del tipo de invalidez de que se trate. En todo caso, la construcción jurisprudencial sobre la materia que veremos a continuación, nos lleva a concluir, por adelantado, que en los supuestos de invalidez tipo A la institución que resuelve también tiene la obligación de comunicársela al interesado en su idioma.

Ahora bien, el Reglamento señala que la institución instructora comunicará la resolución en el idioma del solicitante sin que especifique si se refiere a su lengua madre, al idioma de su país de residencia o nacimiento o al que utilizó el interesado para formular la solicitud. Teniendo en cuenta que cualquiera de ellos puede emplear el trabajador para exponer documentalmente su petición, y por coherencia interpretativa con los principios que vimos al referirnos a la solicitud en el punto anterior, podemos concluir, también en este punto, que el idioma en el que debe notificarse la resolución será el mismo que se empleó en el acto de iniciación del procedimiento en la idea de que este es un idioma conocido por el trabajador.

3.2.2.- La doctrina del Tribunal de Justicia.

La estrella que ha guiado al Tribunal en este campo ha sido la de perseguir que el trabajador pueda tener conocimiento, por si mismo, del contenido de la resolución que se le notifica y que pueda en consciencia, por tanto, decidir si recurre o acata la decisión. Por ello, el que la notificación de las decisiones se haga en la lengua del trabajador es esencial para que tengan la eficacia que se pretende, correspondiendo, además, "a las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros velar porque no se vea comprometida la seguridad jurídica por una caducidad del derecho derivada de la incapacidad del trabajador a la hora de comprender el idioma en que se le comunica una decisión"³⁴.

El Abogado general, en el mismo asunto³⁵, lo expuso más claramente: "... el plazo para presentar un recurso sólo puede correr a partir del momento en que el trabajador pudo efectivamente tomar conocimiento del contenido de la

³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de febrero de 1975, asunto 66/74, Farrauto, Rec. 1975, págs. 157 y ss.

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de febrero de 1975, asunto 66/74, Farrauto, Rec. 1975, págs. 157 y ss., sentencia en la que el Tribunal interpreto el artículo 56.2 del Reglamento 4, de contenido idéntico al actual artículo 75.2 del Rgto. 574, pero cuyas consideraciones generales entendemos extensibles a todas las notificaciones efectuadas en la aplicación de los Reglamentos.

comunicación que recibió ..., cuando se trate de un documento redactado en un idioma distinto al ... [del trabajador] ... éste no está obligado a tener conocimiento de ello, y cuando el autor del documento no adopte 'motu proprio' la iniciativa de hacerlo acompañar de una traducción, deberá excluirse que la simple recepción material de la misma por el destinatario de la decisión pueda por sí misma hacer correr los plazos que el derecho interno hace depender de la comunicación realizada ..." En otras palabras, "dicha comunicación ... no será validamente efectuada hasta el momento en que el destinatario se encuentre en condiciones de conocer directamente el contenido de la misma".

"... La solución a la que se llega en virtud de esta interpretación, decía también el Abogado General, responde perfectamente al espíritu del derecho social comunitario, que tiene como objetivo descartar, en favor de los trabajadores, las dificultades de todo orden inherentes al fenómeno migratorio; éstas pueden provenir no solamente de la existencia de regímenes de seguro distintos en los diversos Estados de la Comunidad, sino también, entre otras cosas, de las diversidades lingüísticas. De este modo, el trabajador extranjero se aprovecharía plenamente de la protección jurisdiccional de su derechos, en condiciones de igualdad efectiva con los nacionales, sin correr el riesgo de una prescripción de derechos como consecuencia de su condición de inferioridad".

4.- LA SOLICITUD DE PRESTACIONES.

Estudiaremos en este punto las referencias que los Reglamentos, fundamentalmente el Rgto. 574, contienen en relación con el acto típico de iniciación de un procedimiento a instancia de parte, esto es, vamos a exponer la consideración que los Reglamentos hacen de las solicitudes de prestaciones.

El tema lo hemos estructurado en función del tipo de prestación al que se refieran las normas. Así pues, mostraremos, por un lado, las reglas relativas a las prestaciones de invalidez tipo A y, por otro, las que atañen a las invalideces tipo B.

Los textos comunitarios regulan con mayor detalle las previsiones referentes a las prestaciones tipo B, sin embargo, se ha tratado de mantener en la exposición el mismo esquema en ambos tipos de prestaciones para facilitar su comprensión. Con esa intención el desarrollo del tema gira, fundamentalmente, sobre tres puntos: requisitos de la solicitud, institución ante la que se presenta y consideración de la fecha de su presentación. No obstante, razones de claridad nos han obligado, por ejemplo, en la invalidez tipo A, a precisar el ámbito de aplicación de los

preceptos que la afectan y, en la invalidez tipo B, a desdoblar los epígrafes para abarcar las distintas situaciones afectadas.

Parte importante de las reglas que estudiaremos, en un supuesto y en otro, inciden sobre el traslado o remisión de las solicitudes desde la institución ante la que se presentan a la institución competente, cuando la primera no lo sea. Esto es, si el trabajador formula su petición en un Estado que no es competente este deberá trasladar la instancia a aquella institución que corresponda, de acuerdo con las previsiones del Reglamento. En estos casos, adelantamos ahora con carácter general, los Reglamentos adolecen de indicaciones que obligen a las distintas entidades implicadas a una transparencia informativa en relación con los solicitantes.

Desde este punto de vista, sería conveniente que existiera una previsión comunitaria que obligara, no ya a las instituciones competentes, sino a las autoridades competentes de cada Estado, a informar a los interesados de la situación en que se encuentran sus solicitudes, independientemente de que las hayan presentado directamente en un Estado o las hayan presentado a través de aquél en donde residan. Con esta regla, que a nivel interno está recogida en nuestra legislación³⁶, se trataría, al menos,

³⁶ Vid. artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

de dar transparencia a "la lentitud burocrática"³⁷ derivada de la prolija intervención de instituciones competentes en la resolución de expedientes comunitarios de prestaciones.

Esa "lentitud burocrática" ha sido valorada como una de las rémoras más importantes que arrastran los expedientes tramitados al amparo de los Reglamentos comunitarios. Para algún autor³⁸ las posibilidades de reforma de esta "lentitud" podrían venir de un mayor dinamismo de la Comisión en esta materia, apoyada por la Comisión Administrativa de la Seguridad Social para los Trabajadores Migrantes. Nosotros añadiríamos a esa propuesta de reforma la incorporación, a nivel reglamentario, de una tabla de derechos de los interesados y obligaciones de las instituciones en la tramitación de los procedimientos, derechos y obligaciones correlativas que conllevarían, por supuesto, las correspondientes consecuencias jurídicas para el supuesto de su violación o incumplimiento, tabla de derechos que si no agilizará directamente el procedimiento, al menos contribuiría a dar transparencia al mismo y serenidad al interesado, que suele encontrarse absolutamente perdido y desorientado en estos casos en los que están en juego derechos fundamentales en

³⁷ OJEDA AVILES, A. "Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea", Madrid 1994, pág. 39.

³⁸ OJEDA AVILES, A. "Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea", Madrid 1994, opus cit, pág. 39.

el sentido más puro y vivo del término.

4.1.- Previsiones comunitarias para la solicitud de prestaciones de invalidez "tipo A".

Acabamos de decir que las reglas que dedica el Rgto. 574 a la solicitud de prestaciones de invalidez tipo A son más escuetas que las que dedica a las prestaciones de invalidez tipo B, pero que, sin embargo, íbamos a seguir el mismo esquema expositivo en uno y otro supuesto, esto es, requisitos, institución ante la que se debe formular y consideración de la fecha de presentación; ese esquema es el que desarrollaremos a continuación. Pero además, dada la variedad de situaciones a las que se refiere el precepto que regula estos supuestos y su "reconcentrada" formulación, analizaremos separadamente su ámbito de aplicación para señalar con precisión los supuestos a los que se refiere.

4.1.1.- Ámbito de aplicación del artículo 35 del Rgto. 574.

Sabemos desde los primeros epígrafes de este capítulo

que el precepto aplicable a las solicitudes de prestaciones de invalidez tipo A es el artículo 35 del Rgto. 574. Sin embargo, dijimos entonces, para una mayor claridad expositiva, que, "con carácter general", se refería a los supuestos de invalidez tipo A; corresponde, en este momento, detallar los demás casos en que sus reglas entran en juego.

Las desalentadoras remisiones a múltiples artículos a que nos tienen acostumbrados las normas comunitarias brotan con toda virulencia en este precepto. Así, descubrimos en su número 1 que sus prescripciones van a servir "para percibir prestaciones en virtud de los artículos 37, 38 y 39 del Reglamento, incluidos los casos a que se refiere el apartado 2 del artículo 40, el apartado 1 del artículo 41 y el apartado 2 del artículo 42 del Reglamento".

Sintetizando lo anterior, podríamos decir que el precepto se aplicará a los supuestos de legislaciones tipo A a que se refieren los artículos 37, 38 y 39, que, por cierto, son los casos de aplicación más numerosos y frecuentes, razón que nos sirvió para indicar que "con carácter general" se aplicaba a las invalideces tipo A. Los demás preceptos traídos a su ámbito hacen referencia a supuestos particulares a los que se les aplican, por imperativo del Reglamento, las reglas previstas para las legislaciones tipo A, sin que sean casos prototípicos de este tipo de invalideces.

Para dar contenido a las remisiones numéricas y así poder acotar el ámbito de aplicación del artículo 35, vamos a recordar los supuestos sobre los que rige cada uno de ellos. En primer lugar, el artículo 40.2 se refiere a los supuestos en los que el interesado ha estado sometido a legislaciones tipo A y tipo B (lo que en aplicación de las reglas generales determinaría el juego de las reglas previstas para las legislaciones tipo B) pero que en el momento de sobrevenirle la invalidez está sujeto a una legislación tipo A, siempre que en ella sola, o totalizando con otras legislaciones tipo A, acredite derecho a la prestación, sin que, además, reúna derecho a prestaciones en una legislación tipo B³⁹.

El segundo precepto al que se refiere el artículo 35.1 es el artículo 41.1, aplicable en supuestos de agravación de una invalidez previamente reconocida y por la que el beneficiario "recibe prestaciones en virtud de la legislación de un solo Estado miembro"⁴⁰.

La última remisión lo es a las reglas de suspensión de prestaciones de invalidez. En efecto, el artículo 42.2 regula determinados supuestos en los que, después de haber sido suprimidas o suspendidas las prestaciones de

³⁹ Véase sobre estos supuestos el epígrafe 3.4.1.2. del Capítulo I.

⁴⁰ Véase sobre estos supuestos el epígrafe 5.1. del Capítulo I.

invalidez, el estado de salud del interesado determina la concesión de nuevas prestaciones⁴¹. La remisión a este precepto es técnicamente imprecisa. Así es, el artículo 42.2 señala que en los casos de recuperación de las prestaciones suspendidas estas le serán concedidas al interesado "conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 37, o en los apartados 1 o 2 del artículo 40, según proceda". Pues bien, los supuestos a los que se refiere el artículo 40.1 son propios de las legislaciones de invalidez tipo B y para ellos son aplicables las previsiones del artículo 36 del Rgto. 574, no las del artículo 35, por lo que la remisión debería haber contenido este matiz, esto es, debería haberse referido al artículo 42.2 únicamente en lo que afecta a las invalideces tipo A.

4.1.2.- Requisitos de la solicitud.

El Reglamento, a diferencia de lo que ocurre en las reglas dedicadas a las prestaciones de invalidez tipo B, no indica los requisitos de la solicitud, ni siquiera por remisión, en los supuestos a los que se refiere el artículo 35.1. El precepto se limita a señalar que el interesado

⁴¹ Véase, sobre la suspensión o supresión de prestaciones, el epígrafe 6 del capítulo I.

presentará o dirigirá su solicitud "ya sea a la institución de aquel Estado miembro a cuya legislación estaba sometido en el momento en que le sobrevino la incapacidad para el trabajo seguida de invalidez, o la agravación de esta invalidez, ya a la institución del lugar de residencia, la cual trasladará entonces la solicitud a la institución primeramente mencionada...".

De esta doble alternativa podemos deducir, en primer lugar, y para el supuesto más frecuente, que si el trabajador presenta su solicitud en la institución del Estado a cuya legislación estaba sometido en el momento en que le sobrevino la incapacidad para el trabajo seguida de invalidez, que es la institución competente en estos casos, la solicitud deberá ajustarse a los requisitos exigidos por su legislación y regirse por las normas de procedimiento internas que la regulan.

En segundo lugar, en el otro polo de la alternativa abierta por el Reglamento, no queda claro cuales deban ser los requisitos cuando el trabajador presenta la solicitud en el Estado en el que reside pero este no es el Estado a cuya legislación estaba sometido cuando le sobrevino la incapacidad para el trabajo seguida de invalidez. Esto es, no precisa si debe reunir los requisitos exigidos por la legislación del lugar de presentación o por la del Estado al cual se va a remitir.

El Reglamento sólo prevé, para este último supuesto, que el Estado receptor de la solicitud deberá trasladarla al competente. Evidentemente la institución receptora no está en condiciones de comprobar si la solicitud reúne o no los requisitos exigidos por la legislación del Estado competente, legislación que, además, seguramente desconoce, con lo que la función del Estado receptor es la de mero correo entre el solicitante y la institución competente, pudiendo trasladar, por tanto, una petición que tal vez no reúna los requisitos exigidos por el ordenamiento del Estado competente.

Pero no solo los Reglamentos adolecen de falta de previsiones concretas para este último supuesto. Entre los formularios elaborados por la Comisión Administrativa sobre la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes⁴², que sirven para comunicarse entre las instituciones que aplican los Reglamentos comunitarios, no hay establecido ninguno para relacionarse específicamente en estos supuestos⁴³.

Tampoco, y por las pistas que pudieran aportarnos, se alude expresamente a este punto en las instrucciones

⁴² La Comisión Administrativa de la Seguridad Social para los Trabajadores Migrantes esta prevista y regulada, su composición, funcionamiento y tareas, en los artículos 80 y 81 del Rgto. 1408.

⁴³ Existe, sin embargo, un formulario de comunicación con carácter general, el E 001, previsto para la aplicación del artículo 84 del Reglamento, pero que quizás por su generalidad pudiera servir para comunicar a la institución correspondiente la solicitud de la prestación de invalidez en los casos que estamos analizando.

elaboradas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social⁴⁴.

Como en tantas ocasiones, sólo podemos encontrar una respuesta siguiendo la interpretación finalista que el Tribunal de Justicia ha hecho del artículo 51 del Tratado. Desde esta perspectiva entendemos que cuando la solicitud reúna los requisitos exigidos por el Estado donde se presenta pueden considerarse cumplidas las formalidades también frente al Estado competente.

Esta fue la línea que sirvió de apoyo al Tribunal en el asunto Warry. En efecto, para un supuesto en el que el trabajador vivía en un Estado diferente del Estado deudor de las prestaciones de invalidez, y éste último exigía, como requisito formal para su concesión, que el interesado hubiera solicitado previamente prestaciones de enfermedad, requisito derivado de la legislación del Estado competente y no previsto en la legislación del Estado de residencia, señaló el Tribunal que "sería contrario a los objetivos del artículo 51 del Tratado y al espíritu del Reglamento 1408/71 que a un trabajador que hubiese presentado una

⁴⁴ La Circular 22/90, de 11 de diciembre, (Boletín Informativo de la Seguridad Social nº12-1990, diciembre), dedica dos números a dar instrucciones para la tramitación de expedientes de invalidez: el apartado número VIII, que da instrucciones sobre el "procedimiento para el trámite de expedientes de invalidez cuando España es país instructor", y el apartado número IX, que da instrucciones de actuación en casos de "expedientes de invalidez instruidos en el extranjero". En ninguno de los dos apartados se dan instrucciones específicas sobre actuación a seguir en estos casos.

solicitud de prestaciones de invalidez conforme a dicha disposición, se le pudiera oponer el hecho de que, en una fase anterior, no había presentado a la institución competente de otro Estado miembro una solicitud de prestaciones de enfermedad"⁴⁵, con lo que, acabo entendiendo, que "la condición de la presentación de una solicitud en las formas y plazos prescritos se considera cumplida siempre que dicha solicitud haya sido debidamente presentada conforme a la legislación del Estado de residencia".

Es cierto que la sentencia citada se refiere a un supuesto de invalidez tipo B al que se aplica lo dispuesto en el artículo 36 del Rgto. 574, que como veremos varía sustancialmente en relación con el problema que aquí nos ocupa. Pero la finalidad del artículo 51 del Tratado que sostiene el Tribunal, fin que le permite aplicar la doctrina transcrita a las prestaciones de enfermedad a las que tampoco afectan las previsiones del artículo 36, extremo del que es plenamente consciente el Tribunal⁴⁶, entendemos que ese objetivo debe subsistir y aplicarse, también, en los supuestos que ahora nos ocupan.

⁴⁵ Sentencia de 9 de noviembre de 1977, asunto 41/77, Warry.

⁴⁶ Expresamente señala, refiriéndose al artículo 36 del Reglamento 574/72, "que si bien es verdad que dicha disposición no se aplica a las prestaciones de enfermedad, sería contrario a los objetivos del artículo 51 del Tratado ...".

Podemos concluir considerando, por consiguiente, que cuando el interesado presente su solicitud de invalidez en el Estado en el que resida y éste no sea el competente, aquella producirá todos sus efectos con relación al Estado deudor siempre que cumpla los requisitos exigidos por la legislación del Estado en que se presentó, con independencia de que reúna las exigencias formales del Estado obligado al abono de las prestaciones.

El Abogado General, en el asunto Warry, citado, fue incluso más allá en su argumentación en contra de las formalidades señalando que "cuando uno se encuentra en un mundo de previsiones reglamentarias que afectan a derechos esenciales, la falta de cumplimiento de las formalidades que serían exigidas para asegurar dichos derechos en el mundo real carece de importancia". Lo trascendente, por tanto, sería la voluntad del interesado y la existencia de la situación de necesidad, lo accesorio los requisitos formales.

Por otro lado, la posible remisión de una solicitud que careciera de datos esenciales para su tramitación, de acuerdo con la legislación aplicada por la institución competente, podría salvarse con la regla del artículo 84.3 del Rgto. 1408, que permite a las autoridades e instituciones de los Estados miembros, para la aplicación del Reglamento, comunicarse directamente entre ellas y también con las personas interesadas. Comunicación mediante

la cual se podrían requerir los datos necesarios tanto de la institución remitente como del interesado⁴⁷.

4.1.3.- Institución ante la que se presenta.

Cumplimentada la solicitud, el beneficiario podrá optar por presentarla o bien en la institución de aquél Estado miembro a cuya legislación estuvo sometido en último lugar ("...a cuya legislación estaba sometido en el momento en que le sobrevino la incapacidad para el trabajo seguida de invalidez, o la agravación de esta invalidez...") o en la institución del lugar de residencia.

⁴⁷ El envío de una solicitud incompleta a nuestro Estado debería determinar la apertura de un plazo de subsanación de conformidad con las previsiones concretas de nuestra legislación. El artículo 4.4 de la Orden de 18 de enero de 1996, dictada para la aplicación y desarrollo del R.D. 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad social, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 30/92, de 26 de noviembre, expresamente dispone que "cuando falten cualesquiera de los datos o documentos preceptivos (exigidos), se requerirá al interesado para que subsane la omisión en el plazo de diez días, teniéndosele por desistido si así no lo hiciera, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre".

Esta también parece que fue la solución por la que se inclinó la institución española en sus instrucciones de actuación. En la circular 22/90, de 11 de diciembre, (BISS nº 12-1990), en el apartado IX, punto 2, se indica que si la documentación enviada desde el extranjero "no contiene los datos necesarios para la apertura de un expediente" el organismo administrativo competente "intentará el acopio de los mismos, bien dirigiéndose al propio administrado, bien al organismo instructor extranjero...".

Ahora bien, en este último supuesto el Reglamento está pensando en un trabajador que reside en algún Estado miembro de la Unión, Estado que, por ello, está obligado por los Reglamentos. Evidentemente si no reside en algún Estado de la Unión la alternativa no puede ser la señalada en el artículo 35, porque el Estado de residencia no estaría vinculado por la norma comunitaria. En estos supuestos, en una interpretación estricta de la norma, la alternativa desaparece y la solución deja de ser optativa para convertirse en unidireccional, pues sólo podrá dirigir su solicitud a la institución del Estado miembro a cuya legislación estuvo sometido en último lugar.

En las reglas aplicables a las solicitudes de invalidez tipo B se contempla y soluciona esta última posibilidad abriendo, también en este caso, una doble alternativa. En efecto, cuando el trabajador no reside en un Estado miembro de la Unión, el artículo 36.3 permite que el beneficiario remita su solicitud a la institución competente del último Estado a cuya legislación estuvo sometido o a la institución del Estado del que sea nacional⁴⁸.

⁴⁸ El artículo 36.3, del Rgto. 574, textualmente preceptúa: " Cuando resida en el territorio de un Estado que no sea Estado miembro, el solicitante habrá de dirigir su solicitud a la institución competente de aquél Estado miembro a cuya legislación el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia haya estado sometido en último lugar. En el supuesto de que el solicitante dirija su solicitud a la institución del Estado miembro de que sea nacional, dicha institución la trasladará a la institución competente"

Hemos dicho que las reglas de tramitación de las prestaciones de invalidez tipo B no son aplicables, ni siquiera con carácter subsidiario, a la tramitación de las solicitudes de invalidez tipo A. Tal conclusión no es tan clara en relación con las previsiones referidas a los requisitos de las solicitudes, aunque, también en este punto, el Reglamento parece que quiere diseñar compartimentos estancos o sustancialmente diferenciados para ambos tipos de prestaciones. No obstante, si difícil puede ser su aplicación supletoria, al menos consideramos que la previsión del artículo 36.3 debe servir como criterio interpretativo para poder llenar la laguna abierta en las reglas de la invalidez tipo A señalada o para aportar una solución a aquellos supuestos que se puedan plantear con estas peculiaridades.

Cerrado el paréntesis dedicado a una situación seguramente no habitual, y situándonos ante la doble alternativa que dibujábamos al principio, cuando el trabajador no presente su solicitud en el Estado a cuya legislación estuvo sometido en último lugar, la institución que la reciba, de acuerdo con las reglas expuestas, está obligada a remitirla a la institución competente, esto es, a la que el trabajador estuvo sometido en último lugar. El Reglamento permite al solicitante elegir la institución para presentar su solicitud y, para el supuesto de que elija la segunda alternativa, establece la obligación que pesa sobre la institución. En palabras del Tribunal de

Justicia⁴⁹: "de los artículos 86 del Reglamento 1408/71 y 35 del Reglamento 574/72 ... resulta que, cuando el interesado presenta su solicitud a la institución del Estado de residencia, ésta tiene la obligación de trasladarla a la institución del Estado miembro competente, es decir, al Estado cuya legislación era aplicable en el momento de sobrevenir la incapacidad para el trabajo seguida de invalidez".

La obligación de la institución receptora de la solicitud en estos supuestos acaba, normalmente, con el traslado de la misma. Por ello, "a diferencia del régimen previsto para otras prestaciones (véase, por ejemplo, los artículos 36 y 63 del Reglamento nº 1408/71), ninguna disposición del Reglamento 1408/71 obliga a las instituciones del Estado de residencia a abonar las prestaciones por invalidez al interesado, ni siquiera con cargo a su reembolso por parte del Estado competente, sin perjuicio de la aplicación del artículo 114 del Reglamento 574/72 en caso de discrepancia entre las instituciones". Aunque, por supuesto, "el Derecho comunitario no prohíbe, en modo alguno, a la institución del Estado de residencia asistir al solicitante de la prestación en sus gestiones ante la institución del Estado competente"⁵⁰.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de enero de 1994, asunto 287/92, Toosey, Rec. 1992-I, págs. 296-297.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de enero de 1994, asunto 287/92, Toosey, Rec. 1992-I, págs. 296-297.

4.1.4.- Fecha de presentación.

En el supuesto de que el trabajador presente su solicitud en el Estado en que reside y este no sea el competente, el Reglamento le obliga a remitirla al Estado competente "indicando la fecha en que haya sido presentada"⁵¹ y "esta fecha será considerada como la fecha de formalización de la solicitud" por la institución competente, y a ella se referirán todas las consecuencias que la legislación competente aúne a la fecha de presentación de las solicitudes.

La problemática que se puede plantear sobre la fecha en los supuestos excepcionales del artículo 36.3, esto es, cuando el solicitante no reside en un Estado miembro de la Unión, la estudiaremos entre las reglas de la invalidez tipo B.

4.2.- Previsiones comunitarias para la solicitud de prestaciones de invalidez "tipo B".

El mayor número de instituciones que pueden entrar en juego en la concesión de prestaciones de invalidez tipo B

⁵¹ Artículo 35.1 del Reglamento 574/72.

hace que se compliquen las reglas que rigen estos supuestos. Por ello, aún intentando mantener el esquema y la estructura utilizados para las prestaciones tipo A, los epígrafes, inevitablemente, se desdoblan para poder abarcar las distintas situaciones.

4.2.1.- Requisitos de la solicitud.

4.2.1.1.- En los casos de presentación de la solicitud en un Estado miembro en el que se resida, con independencia de que éste sea o no competente.

El Reglamento aborda el tema de los requisitos de la solicitud en los supuestos de la invalidez tipo B de forma diferente a como lo hizo para las prestaciones de invalidez tipo A, puesto que ahora sí que va a concretar específicamente cuales deben ser estos, al menos en los casos más frecuentes. Así, el artículo 36 señala que "... el solicitante habrá de dirigir a la institución del lugar de residencia una solicitud ajustada a los requisitos establecidos en la legislación aplicada por dicha

institución". La solicitud, por tanto, como regla, tiene que cumplir los requisitos de la legislación del país de residencia, que es, por otro lado, en el que normalmente se presenta la instancia. Además, si el trabajador estuvo sometido a su legislación será, también, institución competente y, por el hecho de presentarse en ella, además, institución instructora.

Ahora bien, como es lógico, no será institución competente la del Estado de residencia del peticionario si el trabajador nunca estuvo sometido a su legislación. No obstante, si formula su solicitud de prestaciones ante ella, también deberá ajustarla a los requisitos exigidos por su ordenamiento. En efecto, continua indicando el precepto, "en el supuesto de que el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia no haya estado sometido a esa legislación, la institución del lugar de residencia trasladará la solicitud a la institución del Estado miembro a cuya legislación haya estado sometido el interesado en último lugar, indicando la fecha en que haya sido presentada la solicitud." La institución de residencia traslada, por consiguiente y en principio, la solicitud presentada cumpliendo los requisitos establecidos en su legislación, porque sigue rigiendo, para este segundo inciso, la regla general. Esta interpretación se confirma con la concreta exigencia establecida en el artículo 37.a).i) del mismo Rgto. 574 que establece que, en los casos del artículo 36.1, supuestos a los que acabamos de

referirnos, "la solicitud deberá ir acompañada de los documentos justificativos requeridos, y habrá de ser extendida en el formulario previsto por la legislación ... del Estado miembro en cuyo territorio resida el solicitante".

Por tanto, de acuerdo con la previsión del Reglamento, la solicitud debe ajustarse a los requisitos de la legislación del Estado de residencia cuando se presente ante el mismo, con independencia de que se haya estado sometido o no a su legislación. La exigencia reglamentaria, empero, ha quedado desnaturalizada por la práctica administrativa. En efecto, el traslado de la solicitud, desde el Estado receptor a los demás implicados, se hace utilizando unos formularios elaborados por la Comisión Administrativa para la intercomunicación entre instituciones. En esos documentos comunitarios se recogen las previsiones exigidas por cada legislación para poder tramitar una solicitud por las diferentes instituciones, con lo que, en definitiva, alegados por el peticionario trabajos en otro Estado, la institución instructora o receptora, según los casos, requerirá al interesado los datos necesarios para poder cumplimentar debidamente el documento comunitario que debe remitir a la otra institución, con lo que, de algún modo, va a enviar a la institución extranjera una solicitud ajustada a los requisitos exigidos por aquella legislación.

En todo caso, la disposición reglamentaria fue "dictada con un fin de simplificación administrativa para dispensar a los trabajadores migrantes que tengan derechos en diferentes Estados miembros de la obligación de presentar una solicitud de concesión de prestaciones a las que puedan aspirar, ante las instituciones de cada uno de tales Estados", por lo que, con mayor rotundidad, podemos decir que " la condición de la presentación de una solicitud en las formas y plazos prescritos se considera cumplida siempre que dicha solicitud haya sido debidamente presentada conforme a la legislación del Estado de residencia", como señaló el Tribunal en el asunto 41/78 (Warry)⁵², asunto que nos sirvió de base para llegar a la misma conclusión en el supuesto de las invalideces tipo A.

4.2.1.2.- En los casos de presentación de la solicitud en un Estado distinto al de residencia.

Dos supuestos pueden darse en estos casos. Por un lado, que el trabajador resida en un Estado miembro de la Unión a cuya legislación no ha estado sometido nunca y presente su solicitud ante aquél Estado a cuya legislación estuvo

⁵² Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1977, asunto 41/1977, Warry.

sometido en último lugar y, por otro, que resida en un tercer Estado no miembro y, por tanto, obligatoriamente tenga que presentar su solicitud ante un Estado miembro.

**4.2.1.2.a).- Residencia en un Estado de la Unión y
presentación de la solicitud en otro
Estado también de la Unión.**

En relación con este supuesto hemos visto en el apartado precedente la solución que establece el artículo 36.1. Sin embargo el artículo 36.2 también permite al trabajador, que reside en el territorio de un Estado miembro a cuya legislación no ha estado sujeto, presentar su solicitud a la institución del Estado miembro a cuya legislación estuvo sometido en último lugar ("... el solicitante podrá dirigir su solicitud ... ", indica el precepto).

De la no muy afortunada regulación del Reglamento, podemos deducir que el trabajador que reside en un Estado miembro, a cuya legislación no ha estado sometido, tiene dos opciones para presentar su solicitud: primera, presentarla en el Estado miembro en el que reside, como le permite el segundo inciso del artículo 36.1 del Rgto. 574,

y, segunda, presentar, o 'dirigir', -en terminología del Reglamento-, su solicitud a la institución del Estado a cuya legislación estuvo sometido en último lugar, supuesto previsto en el artículo 36.2 del Rgto. 574.

En el supuesto de que opte por presentar su solicitud en el Estado de residencia, los requisitos serán los exigidos en ese Estado, tal y como vimos en el apartado anterior. En el caso que decida presentarla directamente en el último Estado a cuya legislación estuvo sometido, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37.a).ii), "la solicitud deberá ir acompañada de los documentos justificativos requeridos, y habrá de ser extendida en el formulario previsto por la legislación del Estado miembro a cuya legislación haya estado sometido en último lugar el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia". En estos casos, por tanto, deberá presentar la solicitud ajustada a los requisitos de la legislación del Estado al que se dirige.

4.2.1.2.b).- Residencia en un tercer Estado no miembro de la Unión.

Anunciábamos que podíamos distinguir dos supuestos en

estos casos, uno, que el trabajador resida en un Estado de la Unión a cuya legislación no ha estado sometido y, dos, que resida en un tercer Estado no miembro. A la primera situación ya nos hemos referido. La segunda es la que regula el artículo 36.3 señalando que "en estos supuestos el solicitante habrá de dirigir su solicitud a la institución competente de aquél Estado miembro a cuya legislación el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia haya estado sometido en último lugar". Los requisitos de la solicitud, que es lo que aquí nos interesa, al igual que en el supuesto anterior, serán los "del Estado miembro a cuya legislación haya estado sometido en último lugar el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia", como exige el artículo 37.a).ii).

4.2.2.- Institución ante la que se presenta la solicitud.

En este apartado que ahora abrimos volveremos a presentar situaciones que en el anterior nos sirvieron para analizar la influencia que tenían sobre los requisitos de la solicitud. Desde esas mismas situaciones ahora deduciremos, exclusivamente, las consecuencias que se derivan en relación con la determinación de la institución ante la cuál se debe presentar la solicitud. Vaya por

delante, por tanto, que son razones metodológicas, y en aras de una mayor claridad expositiva, las que nos han llevado a la estructuración de este epígrafe.

4.2.2.1.- Regla general: presentación de la solicitud en el Estado de residencia.

La regla general, que tal vez la denominemos así porque es el supuesto habitual, es que la solicitud se presente ante la institución del Estado de residencia. Esto es, lo normal es que el trabajador formule su instancia en el país donde reside, por ser la solución más cómoda para él. Pero el que sea la regla general no supone que se convierta en un requisito para que la solicitud pueda producir sus efectos, al menos así lo ha entendido el Tribunal de Justicia que, no obstante la redacción del artículo 36.1 del Rgto. 574 ("... el solicitante habrá de dirigir a la institución del lugar de residencia una solicitud ..."), ha señalado que el incumplimiento del requisito de presentar la solicitud ante la institución del lugar de residencia no priva de los efectos anudados en el Reglamento a la solicitud de prestaciones⁵³. En todo caso,

⁵³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24.10.1997, asunto 335/95, Picard, Rec. 1996-págs. 5625 y ss. Concretamente, en los apartados 24 a 27 de la sentencia,

si el trabajador estuvo sometido en cualquier momento a la legislación del Estado de residencia ante el que presenta la solicitud la institución receptora se convertirá en "institución instructora" teniendo, por tanto, que cargar con el peso de la formación del expediente comunitario.

"En el supuesto de que el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia no haya estado sometido a esa legislación, la institución del lugar de residencia trasladará la solicitud a la institución del Estado miembro

señala el Tribunal: "... Es verdad que la primera frase del apartado 1 del artículo 36 del Reglamento nº 574/72 obliga al interesado a dirigir su solicitud a la institución de su lugar de residencia. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, como este Tribunal de Justicia subrayó en la sentencia de 3 de febrero de 1993, Iacobelli ... las disposiciones que figuran en el artículo 36 del Reglamento nº 574/72 son normas de procedimiento. Fueron adoptadas, con el fin de simplificar la tramitación administrativa, para dispensar a los trabajadores migrantes que pudieran alegar derechos en diferentes Estados miembros de la obligación de presentar una solicitud de concesión de las prestaciones a las que tuvieran derecho ante las instituciones de cada uno de estos Estados La obligación, prevista en la primera frase del apartado 1 del artículo 36, por la que el trabajador migrante debe dirigir su solicitud de prestaciones a la institución más próxima a él, es decir, a la del lugar de su residencia, se inscribe en el mencionado objetivo de simplificación administrativa. Por lo tanto, el incumplimiento de la obligación contenida en la primera frase del apartado 1 del artículo 36 del Reglamento nº 574/72, que constituye una norma de procedimiento supletoria, no puede impedir la liquidación de las prestaciones de que se trata, con arreglo al apartado 2 del artículo 44 del Reglamento nº 1408/71, en la fecha en que se haya presentado una solicitud ante una institución de un Estado miembro. Por ello procede responder ... en el sentido de que el apartado 4 del artículo 36 del Reglamento nº 574/72, que prevé la liquidación concomitante de las prestaciones tan pronto como se presente una solicitud de prestaciones ante una institución de un Estado miembro, establece una norma de procedimiento autónoma que se aplica con independencia de la observancia de lo dispuesto en los apartados 1 a 3 del mismo artículo".

a cuya legislación haya estado sometido el interesado en último lugar, indicando la fecha en que haya sido presentada la solicitud"⁵⁴. En este caso la institución del Estado de residencia es mera receptora de la solicitud y su obligación es trasladarla a aquella institución a cuya legislación estuvo sometido en último lugar, convirtiéndose esta segunda en institución instructora.

4.2.2.2.- Presentación de la solicitud directamente en el Estado a cuya legislación se estuvo sometido en último lugar aún cuando se reside en otro Estado de la Unión.

Acabamos de ver en el apartado anterior que el trabajador que resida en un Estado miembro a cuya legislación no estuvo sometido puede presentar su solicitud ante la institución de residencia, institución que la remite a la que corresponde actuar como institución instructora. Pero, además, el artículo 36.2 permite al solicitante, "cuando resida en el territorio de un Estado miembro a cuya legislación no haya estado sometido ", dirigir su solicitud directamente a la institución del Estado a cuya legislación estuvo sometido en último lugar.

⁵⁴ Artículo 36.1, segundo inciso, del Rgto. 574/72.

Por tanto, el trabajador que reside en un Estado miembro a cuya legislación no estuvo sometido puede dirigir su solicitud bien a la institución del Estado en el que reside o bien a la institución del Estado a cuya legislación estuvo sometido en último lugar. El que el trabajador utilice una u otra vía influirá sobre los requisitos de la solicitud, como ya indicamos.

4.2.2.3.- Residencia en un Estado no miembro de la Unión.

Tampoco es nuevo en estas páginas el decorado que vamos a mostrar a continuación, no obstante, el mismo cuadro nos va a servir ahora para desarrollar una escena diferente. En efecto, a la regla del artículo 36.3, que es la que preside este epígrafe, ya nos hemos referido. Señala este precepto, recordamos, que cuando el solicitante "resida en el territorio de un Estado que no sea Estado miembro, ... habrá de dirigir su solicitud a la institución competente de aquél Estado miembro a cuya legislación el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia haya estado sometido en último lugar. En el supuesto de que el solicitante dirija su solicitud a la institución del Estado miembro de que sea nacional, dicha institución la trasladará a la

institución competente".

Es estos casos, por tanto, también al trabajador se le abre una doble alternativa. Por un lado, puede enviar su solicitud a la institución del último Estado a cuya legislación estuvo afiliado, institución que se convierte en instructora, como sabemos, y, por otro, puede remitir su instancia al Estado de su nacionalidad, Estado que debe remitirla al competente.

La regla del artículo 36.3 deja sin resolver el problema que puede suscitarse cuando un residente en un Estado que no sea de la Unión dirija su solicitud a un Estado de la Unión del que no es nacional y al que tampoco estuvo sometido nunca o no lo estuvo en último lugar. De acuerdo con lo que sabemos hasta ahora, sólo los Estados de residencia o de los que se es nacional están obligados a remitir la solicitud al último al que se estuvo afiliado. Ahora bien, el trabajador que reside en un tercer país y que trabajó en diferentes Estados miembros puede, por olvido o por error, enviar su solicitud a alguno del que no es nacional o al que no estuvo afiliado en último lugar.

Qué ocurre, por tanto, cuando fuera de los casos que hemos visto el trabajador no remite su solicitud a un Estado obligado a remitirla al competente. Buscar una solución derivada de las previsiones generales de los

Reglamentos no es tarea fácil como veremos.

Quizás el único precepto con una vis atractiva tentadora y suficiente para buscar una solución sea el artículo 86 del Rgto. 1408. De acuerdo con él las peticiones que según la legislación de un Estado miembro deban ser presentadas dentro de un plazo determinado ante una institución de dicho Estado, serán admitidas siempre que sean presentadas dentro del mismo plazo ante la institución o la jurisdicción correspondiente de cualquier otro Estado miembro⁵⁵. En tal caso, señala el artículo, la institución que lo haya recibido trasladará sin demora las peticiones a la institución del primer Estado, bien directamente o bien a través de las autoridades competentes de los Estados miembros afectados. La fecha, en estos casos, en que las peticiones hayan sido presentadas ante la institución del segundo Estado será considerada como la fecha de presentación ante la institución competente para conocer del asunto.

⁵⁵ El Tribunal de Justicia, en su sentencia de 3 de diciembre de 1974, asunto 40/74, Costers y Vounkx, (Rec. 1974, págs. 1323 y ss.) entendió, interpretando el artículo 47 del Reglamento nº3, que tenía una redacción similar al actual artículo 86, que el precepto "sólo se refiere al caso en que un trabajador habite en un Estado que no sea el Estado cuya legislación le es aplicable; Que salvo excepción no puede, pues, aplicarse cuando el interesado está domiciliado o está representado, a los fines de la solicitud, declaración o recurso, por un mandatario, por ejemplo un abogado, establecido en el Estado miembro cuya legislación debe aplicarse; Que en caso de duda corresponde al juez nacional decidir si las condiciones requeridas para la aplicación de la disposición se han reunido."

El precepto se refiere a peticiones cuya presentación está sometida a un plazo y en las que, además, consta la institución a la que se dirigen. En estos supuestos, y quizás tratando de que un ciudadano de la Unión, o un nacional de un Estado miembro de la Unión, no vea perjudicados definitivamente sus derechos por enviar sus peticiones a un Estado que no corresponda, el Reglamento obliga al Estado receptor a remitir al competente la petición recibida. Sin embargo, las solicitudes iniciales de prestaciones de invalidez no están sometidas a ningún plazo de presentación, y, de acuerdo con el planteamiento del problema, en ellas nos consta la institución a la que se dirigen, por lo que el precepto de referencia no nos soluciona el problema, y ello sin entrar aquí en la problemática de la fecha, lo que haremos en el apartado siguiente.

Si no podemos aplicar las reglas del artículo 86, el Estado receptor se encuentra ante una triple alternativa: archivar sin más trámites la solicitud, devolvérsela al interesado o enviarla al Estado que él entienda competente. Descartada la primera posibilidad por impropia de un sistema que como el comunitario ha de estar presidido por principios de colaboración e información de sus derechos a los ciudadanos, si el Estado receptor opta por la tercera posibilidad, quizás inspirando su actuar en los principios de mutua ayuda administrativa y buenos oficios entre

autoridades⁵⁶, los plazos y fechas sólo se tendrán en cuenta desde que la documentación tiene entrada en los registros de la institución competente.

No obstante, enviar la solicitud, en estos casos en que no existe obligación reglamentaria ni de recibirla ni de remitirla, tiene sus riesgos o contrariedades. En efecto, el Estado receptor de la solicitud puede tener dificultad para determinar el Estado competente para instruir porque los datos que le aporta el solicitante pueden ser incompletos o inexactos, por lo que si, teniendo en cuenta esos datos, envía la solicitud a un Estado al que luego tampoco corresponde, la petición del interesado puede estar viajando por la Unión en busca de institución competente, sin que, además, el peticionario esté informado del viaje y de las estaciones por las que va pasando su documentación. Quizás en estos casos, en que los datos aportados por el interesado no sean todo lo precisos que fuera deseable, sería conveniente que la institución que recibe la solicitud con datos incompletos, o que puedan inducir a error, la devuelva al interesado informándole de

⁵⁶ El artículo 84 del Reglamento 1408 establece, en general, la cooperación entre las autoridades competentes. En su punto segundo prevé que "para la aplicación del presente Reglamento, las autoridades y las instituciones de los Estados miembros se prestarán el apoyo de sus buenos oficios, como si se tratase de aplicar sus propias legislaciones. La mutua ayuda administrativa de dichas autoridades o instituciones será en principio gratuita. No obstante, las autoridades competentes de los Estados miembros podrán concertar el reembolso de determinados gastos". Por tanto, solamente establece el principio de colaboración administrativa y buenos oficios entre administraciones.

las previsiones comunitarias que regulan la institución a la que debe remitirla.

4.2.3.- Fecha de presentación.

En los supuestos habituales, esto es, cuando el trabajador reside en un Estado y en él presenta su solicitud, con independencia de que sea el Estado competente o deba remitirla al que corresponda, la fecha de presentación de la solicitud en la institución del lugar de residencia "será considerada como la de presentación de la solicitud" ante la institución a la que se dirija dicha solicitud, de acuerdo con lo previsto en el artículo 36.1, o como ha dicho el Tribunal de Justicia, la fecha de presentación de dicha solicitud constituye "la fecha de referencia para proceder a practicar las operaciones de liquidación de las prestaciones para todas las instituciones afectadas"⁵⁷.

Cuando el trabajador resida en un Estado que no sea competente y dirija su solicitud directamente a aquél a cuya legislación estuvo sometido en último lugar, como le

⁵⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de octubre de 1996, asunto 335/95, Picard, Rec. 1996, pág. 5644.

permite el artículo 36.2, la fecha de presentación de la solicitud será la de la recepción de la misma en el Estado al que se dirige, a falta de otra consideración en el Reglamento.

La referencia a la fecha de la solicitud tampoco aparece en la regla del artículo 36.3, precepto que hemos analizado en el epígrafe precedente. En este caso parece deducirse que la fecha de presentación es, para el supuesto de que envíe su petición a aquél Estado a cuya legislación haya estado sometido en último lugar, la fecha en que la solicitud sea recibida por el Estado competente. En el supuesto en que la envíe al Estado miembro del que sea nacional este tiene obligación de remitirla al Estado competente, pero el Reglamento no obliga al Estado nacional a indicar la fecha de recepción y, aunque la hiciera constar, tampoco prevé que esa fecha haya de ser considerada como fecha de formalización de la solicitud. Parece, por tanto, también en este último caso, que la fecha de presentación de la solicitud debe ser la fecha de recepción en la institución competente.

4.3.- Incidencia en la cuantía de la prestación de la existencia de miembros de la familia.

Tanto para las invalideces tipo A como para las tipo B, cuando la cuantía de la prestación dependa o se calcule

"teniendo en cuenta a los miembros de la familia que no sean los hijos", en las condiciones y con los requisitos que señalan los artículos 39.4 y 47.3 del Rgto. 1408⁵⁸, "el solicitante tendrá que presentar un certificado relativo a los miembros de su familia, excepto los hijos, que residan en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél donde radique la institución encargada de liquidar las prestaciones", señala el artículo 38.1 del Reglamento de aplicación.

El certificado puede ser expedido por la institución que gestione el seguro de enfermedad en el lugar donde residan los miembros de la familia o por aquella designada al efecto por la autoridad competente del Estado miembro en cuyo territorio residan los familiares; este certificado puede ser sustituido, a instancias de la institución encargada de liquidar las prestaciones, por un certificado

⁵⁸ Aplicable a las prestaciones de invalidez tipo A, señala el artículo 39.4, del Rgto. 1408, que "cuando la legislación aplicable ... determine que, para calcular la cuantía de las prestaciones, se tenga en cuenta la existencia de miembros de la familia que no sean los hijos, la institución competente incluirá entre ellos a los miembros de la familia del interesado que residan en el territorio de otro Estado miembro, como si residiesen en el territorio del Estado competente".

Aplicable ahora a las prestaciones de invalidez tipo B, señala el artículo 47.3, del mismo Reglamento, que "cuando, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, se establezca la cuantía de las prestaciones teniendo en cuenta a los miembros de la familia que no sean los hijos, la institución competente de dicho Estado tomará igualmente en consideración a los miembros de la familia del interesado que residan en el territorio de otro Estado miembro, como si residiesen en el territorio del Estado competente".

del registro civil donde consten los extremos exigidos⁵⁹.

De acuerdo con lo previsto en el Anexo 10, letra D, punto 3, son instituciones competentes españolas para aplicar el artículo 38.1 del Reglamento de aplicación las Direcciones provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por lo que, a ellas corresponderá expedir el certificado exigido por el artículo 38 cuando corresponda.

El certificado tiene una validez de doce meses desde su expedición⁶⁰ y será renovable por períodos anuales. El interesado deberá notificar sin demora a la institución competente cualquier hecho que obligue a modificar dicho certificado. Toda modificación surtirá efecto a partir del día en que se haya producido el hecho que la motive, según señala el artículo 25.2, tercer párrafo, del Rgto. 574.

En esta materia el Rgto. 574 va incluso más lejos de la mera coordinación, pues parece que intenta establecer un concepto de convivencia comunitario o, al menos, incidir en su consideración desde este ámbito. El artículo 38.2 contiene una previsión difícil de examinar. Señala el precepto que "en los casos a que se refiere el apartado 1 (supuesto que hemos analizado en el párrafo precedente),

⁵⁹ Artículo 38.1, párrafos segundo y tercero, del Rgto. 574.

⁶⁰ Según lo dispuesto en el artículo 25.2 del mismo Reglamento, precepto al que remite el artículo 38.1.

si la legislación aplicada por la institución afectada exigiese que los miembros de la familia convivan con el titular de la pensión o de la renta y dichas personas no cumplieran con tal condición, aunque estén en lo fundamental a cargo del solicitante, esta última circunstancia será acreditada mediante documentos que prueben la transmisión regular de una parte de las ganancias".

Se trata de una previsión difícil de interpretar porque si la institución afectada exige que los miembros de la familia convivan y estos no conviven, será esa institución la que, de acuerdo con su legislación, deduzca las consecuencias de esa falta de convivencia. Entre esas consecuencias puede estar, evidentemente, el entender cumplido el requisito de la convivencia si se depende económicamente del beneficiario, pero, repetimos, será la institución correspondiente la que determine este extremo. Quizás, como indicábamos, lo que trasluzca este precepto es un concepto comunitario de convivencia en sentido amplio, esto es, no sólo convivir sino vivir a expensas⁶¹. En todo caso, cuando se aplique este concepto de convivencia ampliado, esto es, vivir a expensas, esta "circunstancia será acreditada mediante documentos que prueben la transmisión regular de una parte de las

⁶¹ A modo de ejemplo, un estudio del requisito de la convivencia en nuestro sistema en ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L. "Instituciones de Seguridad Social", 13ª edición, págs. 125 y 126.

ganancias", señala el precepto, estableciendo de esta forma el medio de prueba admisible para acreditar tal extremo en los expedientes instruidos al amparo de los Reglamentos comunitarios⁶².

4.4.- Otras obligaciones del solicitante y de las instituciones.

Incluimos en este epígrafe dos obligaciones de muy distinto signo y que, a pesar de estar reseñadas entre las reglas referidas a la invalidez tipo B, deberían constituir parte integrante de un capítulo general que afectase a todo tipo de procedimientos. La primera pesa sobre los trabajadores solicitantes de prestaciones y tiende a facilitar la gestión de los expedientes comunitarios. La segunda afecta a las instituciones implicadas en la construcción del expediente y es un reflejo concreto del principio de colaboración administrativa.

⁶² En nuestra legislación de seguridad social se regulan unas "prestaciones en favor de familiares" (artículo 176 de la Ley de Seguridad Social, texto refundido de 1994) que entre sus requisitos exigen la convivencia con el causante y a sus expensas. Para acreditar esta última circunstancia la Ley exige la "prueba de su dependencia económica del causante", sin que limite los medios de prueba admisibles para su acreditación.

4.4.1.- Obligación de indicar las instituciones de seguro a las que se estuvo sometido.

La obligación de señalar las instituciones a las que se estuvo afiliado es una carga que el Reglamento vuelca sobre el peticionario. Literalmente exige la norma que " el solicitante deberá indicar, en la medida de lo posible, la institución o instituciones de seguro de invalidez ... a las que haya estado afiliado el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en cualquier Estado miembro o, cuando se trate de un trabajador por cuenta ajena, el empresario o los empresarios que le hayan dado ocupación en el territorio de cualquier Estado miembro, presentando los certificados de trabajo que tenga en su poder"⁶³.

Ninguna de estas previsiones constituye requisito que impida el trámite de la solicitud, el propio precepto establece una exigencia relativa al señalar "en la medida de lo posible". Evidentemente, el procedimiento será más rápido si el peticionario consigna estos datos, sobre todo teniendo en cuenta el marasmo de instituciones de los diferentes Estados que pueden intervenir en un

⁶³ Artículo 37.c) del Rgto. 574.

procedimiento⁶⁴, pero si no los aporta la institución correspondiente debe continuar el trámite reglamentario que corresponda en cada caso.

4.4.2.- Confirmación de los datos aportados por el solicitante.

La verificación de los datos indicados por el solicitante de la prestación es una obligación que pesa sobre la institución receptora de la solicitud. El artículo 37 b) del Rgto. 574, que, como vimos, se titula "documentos y datos que han de acompañar a las solicitudes de prestaciones mencionadas en el artículo 36 del Reglamento de aplicación", contiene una previsión general válida para toda la fase de iniciación, y quizás para todo el procedimiento. Señala el citado precepto que "la exactitud de los datos facilitados por el solicitante será acreditada

⁶⁴ Refiriéndose a las múltiples instituciones contempladas en los Reglamentos, y que podrán entrar en juego dependiendo de cada caso, señala, gráficamente, OJEDA AVILES, A., que "ciertos países ofrecen un agobiante panorama de instituciones competentes: Francia, por ejemplo, ofrece sesenta y tres de ellas sólo para los territorios metropolitanos, sin contar los establecidos para los territorios de ultramar, y la disciplinada Alemania señala por su parte cuarenta, con sus correspondientes circunscripciones y oficinas territoriales", "Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea", opus cit, pág. 37.

mediante documentos oficiales unidos al formulario de solicitud o confirmada por los organismos competentes de aquél Estado miembro en cuyo territorio resida".

Es una faceta más de la colaboración administrativa entre instituciones que, entendemos, debe afectar a todas aquellas actuaciones de colaboración que puedan sucederse en la aplicación de los Reglamentos.

4.5.- Efectos de la presentación de la solicitud especialmente en la invalidez "tipo B".

Los efectos de la presentación de una solicitud son los propios de un acto de iniciación de un procedimiento. "Una solicitud de prestaciones, señala el artículo 36.4, dirigida a la institución de un Estado miembro originará automáticamente la liquidación concomitante de prestaciones con arreglo a las legislaciones de todos los Estados miembros afectados ante las cuales reúna el solicitante las condiciones exigidas", con una excepción para el "supuesto de que éste desee, con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 44 del Reglamento, que se le aplase la liquidación de las prestaciones de vejez a que tendría derecho con arreglo a la legislación de uno o varios

Estados miembros"⁶⁵.

Evidentemente lo que va a originar que el procedimiento se ponga en marcha no es el envío de la solicitud sino su entrada o recepción en una institución, quizás deberíamos añadir competente, de acuerdo con las reglas indicadas en los apartados precedentes. Problemas de lenguaje aparte, posiblemente derivados de la dificultad de la traducción

⁶⁵ Sobre este precepto ha indicado el Tribunal de Justicia en su sentencia de 24.10.1996, asunto 335/95, Picard, Rec. 1996-pág. 5646, que "el apartado 4 del artículo 36 del Reglamento 574/72 ..., que prevé la liquidación concomitante de las prestaciones tan pronto como se presente una solicitud de prestaciones ante una institución de un Estado miembro, establece una norma de procedimiento autónoma que se aplica con independencia de la observancia de lo dispuesto en los apartados 1 a 3 del mismo artículo", esto es, aunque no se presente la solicitud ante la institución que se indica en los preceptos reglamentarios.

Respecto de la posibilidad de aplazar las prestaciones, ha señalado el Tribunal en su sentencia de 3.2.1993, asunto 275/91, Iacobelli, Rec. 1993, págs. 550-551, que "sin que sea necesario determinar si la norma establecida en el apartado 2 in fine del artículo 44 resulta aplicable en el supuesto de invalidez, procede hacer constar que las disposiciones mencionadas ... [art. 44.2 del Rgto. 1408 y art. 36.4 del Rgto. 574] ... son normas de procedimiento y no suponen modificación alguna de los requisitos a los que los Estados miembros supeditan la concesión de prestaciones de invalidez. Corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar si el interesado puede renunciar a una pensión de invalidez para disfrutar posteriormente de una pensión de vejez que le resulte más favorable.

...

Procede, pues, responder ... que el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 46 del Reglamento 1408/71 y el apartado 4 del artículo 36 del Reglamento 574/72, en sus versiones modificadas, no se oponen a que una institución de un Estado miembro, a la que una institución de otro Estado miembro le haya sometido una solicitud de pensión de invalidez fundada en el artículo 40 del Reglamento 1408/71, conceda a un trabajador una pensión de vejez en lugar de la pensión de invalidez a la que el interesado renunció para obtener la pensión de vejez, que le resulta más favorable".

de los textos⁶⁶, "esta disposición se dictó, por razones de simplificación administrativa, para dispensar a los trabajadores migrantes que puedan acreditar derechos en diferentes Estados Miembros de la obligación de entregar una solicitud de concesión de las prestaciones a las que pudieran tener derecho en las instituciones de cada uno de estos Estados"⁶⁷; con ello "las instituciones de los demás Estados miembros subsiguientemente afectadas, ya no tienen que resolver desde ese momento el problema de si deben intervenir y la forma de hacerlo, sino tan sólo de decidir si, en vista de los datos que se les han comunicado y que pueden pedir a título de información complementaria, el trabajador cumple y, en caso afirmativo, en qué momento, las condiciones esenciales necesarias para poder beneficiarse de la prestación de que se trate", como señaló

⁶⁶ La interpretación de una disposición comunitaria, a veces complicada por las distintas versiones lingüísticas que hay que realizar de un mismo texto, hay que hacerla "en función del espíritu general y de la finalidad de la reglamentación de la que constituyen un elemento", señaló el Tribunal de Justicia en su sentencia de 27 de octubre de 1977, asunto 30/77, Regina contra Pierre Bouchereau.

⁶⁷ "Aunque se trate de cuestiones aparentemente secundarias, vale la pena llamar la atención sobre el importante cambio que para la práctica administrativa representan; téngase presente, además, la nada despreciable regla según la cual la competencia para decidir si un escrito es o no admisible -por su corrección formal y jurídica- corresponde exclusivamente a la institución o jurisdicción del Estado al amparo de cuya legislación debe resolverse la solicitud y a ella, en cualquier caso debe transmitirse (S. del TJCE de 22.5.1980, Caso 143/79, Walsh)", MONTROYA MELGAR, GALIANA MORENO y SEMPERE NAVARRO, "Derecho social europeo", Madrid 1994, pág. 248.

el Tribunal de Justicia en el caso 108/75 (Balsamo)⁶⁸.

En este mismo asunto el Tribunal dio incluso un paso más indicando que "cuando un trabajador migrante ha presentado una solicitud de prestación de invalidez ante la institución del lugar de residencia y según las modalidades que dicha legislación determina, como prevé el artículo 30, apartado 1, del Reglamento número 4, o según la legislación que dicha institución aplique, como prevé el artículo 36, apartado 1, del Reglamento número 574/72, no tiene necesidad de presentar una nueva solicitud en otro Estado miembro⁶⁹, incluso si en el momento de presentar su solicitud, no reúne todavía todas las condiciones de fondo exigidas por la legislación del segundo Estado para la concesión de la prestación", condiciones, no obstante, aclara el Tribunal en el punto 14 de su sentencia, que de la documentación remitida puede deducirse que cumplirá a la finalización del trámite del expediente. En el supuesto

⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1976, asunto 108/75, Balsamo, Rec. 1976, págs. 375 y ss.. Casi en los mismos términos se pronunció el Tribunal de Justicia en su sentencia de 9 de noviembre de 1977, asunto 41/77, Warry, cuando en el punto 28 señala "que esa disposición fue dictada con un fin de simplificación administrativa para dispensar a los trabajadores migrantes que tengan derecho en diferentes Estados miembros de la obligación de presentar una solicitud de concesión de prestaciones a las que pueden aspirar, ante las instituciones de cada uno de tales Estados".

⁶⁹ La presentación de la solicitud ante un organismo o institución de un Estado diferente al competente para servir la prestación tiene los mismos efectos que si se hubiese realizado ante la institución competente de este último Estado, según la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de junio de 1982, asunto 92/81, Camera.

de hecho de la sentencia se trataba de un nacional italiano que había trabajado en Bélgica y con posterioridad volvió a trabajar a Italia donde solicitó su prestación de invalidez; la legislación italiana aplicable preveía el pago de la prestación el primer día del mes siguiente al de la solicitud, por lo que hasta ese día el trabajador siguió ejerciendo su actividad; al considerar la legislación belga que en la fecha de la solicitud debía haber cesado en su trabajo desestimó la prestación, a pesar de que del expediente remitido por la institución italiana se deducía el cese en el trabajo al finalizar su tramitación.

Por supuesto, la solicitud que va a determinar la liquidación concomitante, va a ser una solicitud "ajustada a los requisitos establecidos en la legislación aplicada por" la institución del Estado de residencia, como señala el artículo 36.1 del Rgto. 574. "La condición de la presentación de una solicitud en las formas y plazos prescritos se considera cumplida siempre que dicha solicitud haya sido debidamente presentada conforme a la legislación del Estado de residencia"⁷⁰.

⁷⁰ Asunto 41/77, Warry, Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1977. En el supuesto de esta sentencia la institución británica, competente a la sazón, intentó oponer para la concesión de la prestación de invalidez a la que tenía derecho el interesado, el que no había previamente solicitado las prestaciones de enfermedad en su país como exigía su reglamentación; sobre este supuesto véase ut supra el epígrafe 4.1.2.

En todo caso, sirva esto tanto para la invalidez tipo B como para la invalidez tipo A, cuando corresponda, la presentación de la solicitud traerá consigo que se produzcan todos los efectos que nuestro ordenamiento une a la iniciación del procedimiento, por lo que a nuestras instituciones compete⁷¹. "Iniciado el procedimiento, surgen para el interesado los derechos a participar activamente en su tramitación y desarrollo y para el órgano competente el deber de impulsarlo hasta llegar a su resolución"⁷². Concretamente, " presentada la instancia del particular interesado, el procedimiento se entiende iniciado a todos los efectos desde esa misma fecha, lo cual tiene suma importancia desde distintos puntos de vista: el despacho de los expedientes debe realizarse, salvo orden motivada y escrita en contrario del jefe de la dependencia, por 'orden riguroso de incoacción' (art. 74.2 LPC) ... ; los plazos de prescripción se interrumpen desde ese momento; a partir de él comienza a correr el plazo que la Ley concede para resolverlo, so pena de responsabilidad"⁷³.

⁷¹ Como se ha señalado, "las normas comunitarias ... analizadas ... deben ser aplicadas por los órganos administrativos españoles en consonancia con la normativa procedimental que rige tales relaciones jurídicas en el Ordenamiento Jurídico español", PALOMAR OLMEDA, A., "Bases esenciales del Derecho comunitario de la Seguridad Social", RTSS, nº 16, oct.-dic. 1994, pág. 156.

⁷² GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T.R., "Curso de Derecho administrativo, (II) ", cuarta edición, Madrid 1993, pág.479.

⁷³ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T.R. opus cit, pág. 478. Los autores citados colocan entre los efectos de la iniciación del procedimiento, la posibilidad que la

5.- TRAMITACIÓN DE SOLICITUDES.

Evidentemente es en la tramitación de las solicitudes y en su resolución, o, dicho de otra manera, durante las fases de instrucción y de terminación de los procedimientos, cuando las instituciones intervinientes en cada caso van a aplicar, además de las procedimentales que vamos a estudiar, todas las reglas de carácter sustantivo establecidas en los Reglamentos. Esto es, las reglas de tramitación van a ser, por un lado, aquellas que marquen el camino a seguir por las solicitudes y, por otro, el cauce por el que se inyectan las normas sustantivas en cada caso concreto.

Al igual que en el apartado anterior, cuando estudiábamos las solicitudes, distinguiremos, en la exposición de las normas que rigen su trámite, aquellas que se refieren a las solicitudes de prestaciones tipo A de las que lo hacen a las prestaciones tipo B. Así mismo, idénticas razones a las que explicaban entonces la mayor

nueva Ley (se están refiriendo a la Ley 30/1992, de 6 de noviembre) ha introducido en su artículo 71.3, como "novedad con respecto a la legislación anterior, consistente en la facultad que se reconoce al órgano competente en los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados para recabar de éstos la modificación o mejora voluntaria de los términos de su solicitud inicial".

complejidad de las reglas referidas a las prestaciones tipo B, en relación con las tipo A, nos sirven ahora para la misma justificación en lo atinente a las normas de tramitación. Esto es, el que en las prestaciones tipo A un solo Estado sea el responsable de las prestaciones⁷⁴, a diferencia de lo que ocurre en las prestaciones tipo B, simplifica en buena medida todo el trámite de coordinación.

5.1. Reglas de tramitación en la invalidez "tipo A".

El Rgto. 574 dedica un único precepto para regular el trámite de las solicitudes de invalidez tipo A, penúltimo de la que denominamos sección primera del capítulo 3. En efecto, el artículo 39 dicta las reglas para la "tramitación de las solicitudes de prestaciones de invalidez en el caso en que el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia haya estado sujeto exclusivamente a las

⁷⁴ Como vimos, el artículo 39.1 y 2 del Rgto. 1408, señala: "1.- La institución de un Estado miembro cuya legislación era aplicable en el momento de sobrevenir la incapacidad laboral seguida de invalidez determinará, con arreglo a lo dispuesto en dicha legislación, si el interesado reúne las condiciones necesarios para tener derecho a dichas prestaciones, teniendo en cuenta, cuando proceda, lo dispuesto en el artículo 38. 2.- El interesado que reúna las condiciones señaladas en el apartado 1 obtendrá las prestaciones exclusivamente de la institución mencionada, con arreglo a lo dispuesto en la legislación que aplique".

legislaciones mencionadas en la parte A del Anexo IV del Reglamento"⁷⁵. Esto es, para las denominadas de tipo A, en las que, acabamos de indicar más arriba, la prestación está a cargo de un solo Estado, "aquél a cuya legislación estaba sometido en el momento en que le sobrevino la incapacidad para el trabajo seguida de invalidez".

En estos casos, como vimos, el trabajador puede presentar su solicitud⁷⁶ ante la institución competente, la del último Estado a cuya legislación estuvo sometido, o ante la institución del Estado en el que resida. En el supuesto que presente la solicitud ante la institución del Estado en el que resida esta institución "trasladará entonces la solicitud a la institución primeramente mencionada"⁷⁷, o lo que es lo mismo, a la competente.

5.1.1.- Supuesto general: casos en los que el trabajador tiene derecho a prestaciones de la última institución a cuya legislación estuvo sometido.

Enmarcado en este contexto, señala el artículo 39.1,

⁷⁵ Así reza textualmente el título del artículo 39 del Rgto. 574.

⁷⁶ Véase lo dispuesto en el artículo 35.1 del Reglamento de aplicación, así como lo que dijimos al comentarle.

⁷⁷ Artículo 35.1 del Rgto. 574.

del Reglamento de aplicación, que "cuando el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia presente una solicitud de prestaciones de invalidez y se compruebe que las disposiciones del apartado 1 del artículo 37 del Reglamento, son aplicables, la institución receptora se dirigirá, en tanto fuere necesario, a la institución a la que el interesado haya estado afiliado en último lugar para obtener un certificado que acredite los períodos de seguro cubiertos bajo la legislación aplicada por esta última institución".

La aparentemente sencilla formulación del precepto transcrito puede plantear, sin embargo, algunas dificultades de interpretación al analizarla dentro del sistema que los Reglamentos estructuran para las invalideces tipo A. El precepto exige, para la aplicación de las reglas de este tipo de invalidez, en primer lugar, que "se compruebe" su correcta aplicación, y, en segundo lugar, una vez comprobado el acierto del primer paso, que la institución receptora se dirija a la del último lugar de afiliación para que ésta certifique los períodos de seguro cumplidos por el trabajador bajo su legislación. Pues bien, con respecto a estos dos pasos debemos hacer algunas consideraciones.

Con la exigencia del primero, el Reglamento está reconociendo la necesidad de una fase previa, a la propia de tramitación de toda solicitud, en la que se determinen cuáles deben ser las reglas de tramitación aplicables en función del tipo de prestación, A o B, en cada caso. En efecto, al señalar el artículo 39.1 que "cuando el trabajador ... presente una solicitud de prestaciones de invalidez y se compruebe que las disposiciones del apartado 1 del artículo 37 del Reglamento, son aplicables, ... ", ese "se compruebe", entendemos, está queriendo decir que la institución que recibe la solicitud deberá comprobar que son aplicables las reglas de la invalidez tipo A.

Por tanto, si la que recibe la solicitud es la institución del Estado de residencia, a cuya legislación no estaba sometido en el momento de sobrevenirle la incapacidad para el trabajo seguida de invalidez, esta institución no deberá trasladar sin más la solicitud, como indica el artículo 35 del Reglamento de aplicación, sino que deberá comprobar si son aplicables o no las reglas de la invalidez tipo A, porque si no lo fuesen y, por el contrario, hubiera que aplicar las reglas de la invalidez tipo B, esta institución receptora de la solicitud podría convertirse, si a ella estuvo sometido el trabajador en algún momento, en institución instructora y tal vez competente para el pago de prestaciones. Además, entendemos que cuando la institución receptora sea una de nuestro Estado y no se considere competente deberá comunicárselo

al interesado, resolución contra la que el interesado podrá interponer los oportunos recursos jurisdiccionales.

En una segunda fase, o en un segundo paso, el precepto indica que, en el caso que "se considere" que son aplicables las reglas del artículo 37.1 del Rgto. 1408, "la institución receptora se dirigirá, en tanto fuere necesario, a la institución a la que el interesado haya estado afiliado en último lugar para obtener un certificado que acredite los períodos de seguro cubiertos bajo la legislación aplicada por esta última institución". No es fácil desentrañar el auténtico alcance de esta disposición.

En primer lugar, no está claro a qué institución receptora se refiere el precepto, pues, como sabemos, el interesado puede dirigirse tanto a la institución de residencia como a la que estaba sometido en el momento de sobrevenirle la incapacidad. Si lo hace a la primera, esta lo único que tendrá que hacer es comprobar si son aplicables las previsiones establecidas para la invalidez tipo A, con el fin de trasladar la solicitud o instruirla ella. La comprobación deberá realizarla partiendo de las alegaciones del interesado, alegaciones que podrá comprobar pero no sólo en relación con la última legislación a la que estuvo afiliado sino también respecto a todas aquellas a las que hubiera estado sometido. No obstante, como señalamos en su momento, lo normal es que en estos casos

el interesado presente su solicitud ante la institución a cuya legislación estaba sometido al tiempo de sobrevenirle la incapacidad para el trabajo seguida de invalidez, con lo que esta será, además de institución competente, la institución receptora de la solicitud, institución que es a la que parece referirse el precepto analizado, en función de la obligación que le impone.

En segundo lugar, en el supuesto normal, esto es, aquél en el cual la institución receptora de la solicitud es, a su vez, instructora y competente, esta institución valorará si "con arreglo a lo dispuesto" en la legislación que aplique "el interesado reúne las condiciones necesarias para tener derecho a dichas prestaciones⁷⁸", teniendo en cuenta, cuando proceda, la totalización de períodos. Por consiguiente, si la institución receptora, que a su vez es la competente, necesita totalizar períodos para reconocer el derecho a prestaciones según su legislación, deberá dirigirse a todas las instituciones en las que haya estado afiliado el interesado para que certifiquen los períodos correspondientes a cada una, y, por tanto, no solo deberá dirigirse a la última, que en realidad debería ser la penúltima, puesto que la última es, en este supuesto, la receptora.

En cualquier caso, y optando por una interpretación que

⁷⁸ De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 38 y 39 del Rgto. 1408.

salve las posibles dificultades que puedan plantearse derivadas de la defectuosa redacción del precepto, la institución a cuya legislación estaba sometido el interesado en el momento de sobrevenirle la incapacidad para el trabajo seguida de invalidez, examinará si según su legislación tiene derecho a las prestaciones de invalidez, procediendo, cuando fuere necesario a la totalización de períodos, para lo cual se dirigirá a las demás instituciones a las que estuvo afiliado el interesado con el fin de que certifiquen los períodos que a cada una correspondan.

**5.1.2.- Tramitación cuando el interesado no tenga
derecho a prestaciones en la primera
institución a la que se dirige.**

En el supuesto de que el interesado no tenga derecho a las prestaciones en la institución que haya instruido el expediente, esta lo comunicará a la institución "a la que haya estado afiliado en último lugar", establece el artículo 39.3 del Rgto. 574, previsión válida para "los casos a que se refiere el apartado 3 del artículo 39" del Rgto. 1408.

El precepto del Rgto. 1408 establece que cuando el interesado no tenga derecho a las prestaciones aplicando la regla general, esto es, la que indica que las prestaciones las debe el Estado a cuya legislación estaba sometido el trabajador al tiempo de sobrevenirle la incapacidad para el trabajo seguida de invalidez, "podrá optar por aquellas a las que aún tenga derecho en virtud de la legislación de otro Estado miembro". Por tanto, sólo cuando el interesado opte⁷⁹ por aquellas prestaciones a las que podría tener derecho en virtud de la legislación de otro Estado deberá la institución que instruyó el expediente comunicar este a la que estuvo afiliado "en último lugar" antes que ella, o, lo que sería más correcto, en penúltimo lugar.

5.1.3.- Grado de invalidez: informes médicos y datos administrativos.

"Para determinar el grado de invalidez, la institución de un Estado miembro tendrá en cuenta los documentos e informes médicos así como los datos de índole

⁷⁹ Solo cuando opte y no automáticamente, como prevé la Circular del Instituto Nacional de la Seguridad Social nº 22, de 11 de diciembre, cit. Véase sobre estos supuestos el epígrafe 3.3.2.2. del capítulo I.

administrativa reunidos por la institución de cualquier otro Estado miembro. No obstante, cada institución conservará la facultad de disponer que un médico designado por ella reconozca al solicitante, salvo en los casos en que sean aplicables las disposiciones del apartado 4 del artículo 40 del Reglamento", señala el artículo 40 del Rgto. 574⁸⁰. Es esta una norma de carácter más sustantivo que de propio procedimiento que, en cualquier caso, reitera el mandato del Reglamento base de que la competencia para determinar el grado de invalidez del interesado la tiene la institución competente.

No obstante, la remisión del precepto a los supuestos previstos en el artículo 40.4 del Reglamento es, cuando menos, inadecuada⁸¹. En efecto, la previsión de coordinación en cuanto al grado de invalidez que establece el artículo 40.4 del Rgto. 1408 se hace para la aplicación de las reglas de invalidez tipo B, no para las reglas de

⁸⁰ Véase lo que indicamos, también, respecto a esta norma y sus implicaciones, al estudiar las reglas de instrucción de las invalideces tipo B, en el apartado "determinación del grado de invalidez", epígrafe 5.3 de este capítulo.

⁸¹ El Rgto. 574 es un reglamento de aplicación o de ejecución del Reglamento 1408/71, que es el Reglamento base. "... el reglamento base debe necesariamente recoger 'los elementos esenciales' de la materia a regular, elementos que el reglamento de ejecución deberá respetar en todo momento (S. Romkes, de 16 de junio de 1987, 46/86, F.16), sin que en ningún caso pueda sobrepasarlos (S. Köster, F.7) o derogarlos (S. Tradax, de 10 de marzo de 1971 (38/70). F.10). Afirmación, por tanto, del principio de jerarquía reglamentaria, jerarquía que, como señalan BOULOUIS y CHEVALLIER, no es orgánica, sino material ..." ALONSO GARCIA, R. "Derecho comunitario, derecho nacionales y derecho común europeo", opus cit, pág. 56.

la invalidez tipo A. Aplicar esa regla de coordinación a las invalideces tipo A supondría que sólo entraría en juego cuando la última institución, a cuya legislación estuvo sometido el interesado, resuelva que aquel no tiene derecho a prestaciones según su legislación y el trabajador opte porque se le examinen sus derechos por la anterior institución a cuya legislación estuvo afiliado, por lo que esta última institución tendría que respetar, para conceder sus prestaciones, la calificación otorgada por otra institución que no va a abonar ninguna prestación, consecuencia seguramente no querida por los legisladores comunitarios.

Además de los documentos e informes médicos, el artículo 40 del Rgto. 574 se refiere a la comunicación de datos de índole administrativa. Para la transmisión de estos datos entre las instituciones implicadas se utiliza el formulario E 215, previsto para la aplicación de los artículos 40 y 51 del Reglamento de aplicación, aunque su estructura se ajusta, sobre todo, a las exigencias establecidas en el artículo 51, que es el precepto aplicable a las prestaciones de invalidez tipo B. Para la comunicación de datos de carácter "médico" se utiliza el formulario E 213, formulario al que nos volveremos a referir al estudiar la tramitación de las prestaciones de invalidez tipo B⁸².

⁸² Véase el epígrafe 5.3 de este capítulo.

5.2. Reglas de tramitación en la invalidez tipo B.

Como ya indicamos, el Reglamento establece unas reglas más complejas para regular la fase de instrucción de las prestaciones de invalidez tipo B que para las prestaciones tipo A, sobre todo tratando de abarcar los distintos casos en los que pueden entrar en contacto, y al tiempo ser competentes, múltiples instituciones.

5.2.2.- Contacto entre instituciones: traslado de la solicitud por la institución instructora; acreditación de cotizaciones.

Si bien en el análisis que sigue distinguiremos las materias anunciadas en el título de este epígrafe, para una mejor comprensión de su contenido, así como para facilitar su exposición, adelantamos ahora, con carácter meramente enunciativo, que la solicitud se transmite en el formulario E 204. A él deben acompañarse el formulario E 205, en el que se certifican los períodos de seguro de la institución que lo emite; el formulario E 207, en el que constan los períodos cubiertos en otros Estados según las alegaciones del peticionario; y , en su caso, el formulario E 206, cuando existan períodos cotizados en regímenes o

actividades de la minería⁸³.

⁸³ Ya hemos hecho referencia, en alguna ocasión, a los "formularios" como documentos utilizados por las instituciones para el intercambio de información en aplicación de las previsiones establecidas en los Reglamentos. Digamos ahora que estos "formularios" o documentos normalizados son aprobados por la Comisión administrativa en aplicación de lo dispuesto en el artículo 2.1 del Rgto. 574, precepto que señala que "los modelos de certificados, certificaciones, declaraciones, solicitudes y demás documentos necesarios para la aplicación del Reglamento y del Reglamento de aplicación serán elaborados por la Comisión administrativa. Dos Estados miembros, o sus autoridades competentes, podrán adoptar, de común acuerdo y previo dictamen de la Comisión administrativa, modelos simplificados para sus relaciones mutuas". Este precepto ha sido modificado últimamente por el Rgto. 1290/97, de 27.6.1997 (DOCE nº L-176, de 4.7.1997) que ha añadido un nuevo párrafo del siguiente tenor: "Estos certificados, certificaciones, declaraciones, solicitudes y demás documentos pueden transmitirse entre las instituciones por medio de formularios en papel o por medio de mensajes electrónicos normalizados a través de los servicios telemáticos, de conformidad con las disposiciones del título VI bis. El intercambio de información por medio de servicios telemáticos se subordinará a un acuerdo entre las autoridades competentes del Estado miembro remitente y el Estado miembro destinatario". Se enmarca esta previsión en el intento de utilizar los medios "telemáticos" en la tramitación de los expedientes comunitarios con el fin de agilizar su resolución, idea esta que ha llevado al último Reglamento citado a crear un título VI bis, en el Rgto. 574, que comprende los arts. 117, 117 bis, 117 ter y 117 quater, básicamente encaminados a exigir a los Estados miembros la utilización progresiva de "los servicios telemáticos para el intercambio entre instituciones de los datos requeridos para la aplicación del Reglamento y de su Reglamento de aplicación" (art. 117 bis). En todo caso, la Comisión ha aprobado distintas series de formularios (series 100, 200, 300, 400 y 500) dedicando cada una de ellas a una materia específica. La serie 200 es la que contiene los formularios aplicables, fundamentalmente, en los supuestos de tramitación y liquidación de prestaciones y, por ello, es a la que nos referiremos reiteradamente. La última versión de los formularios de esta serie fue aprobada por la Decisión nº 158, de 27.11.1995, (DOCE nº L-0, de 0.0.1996 (sic)).

5.2.2.1.- Traslado de la solicitud por la institución instructora.

La institución instructora debe notificar "de modo inmediato" a las restantes instituciones afectadas, "mediante el formulario establecido al efecto", cualquier solicitud de prestaciones, "con el fin de que la solicitud pueda ser tramitada simultáneamente y sin demora por todas esas instituciones"⁸⁴.

Quizás pudiéramos decir que esta es la formulación comunitaria del principio de celeridad en la tramitación de los expedientes "comunitarios", siendo consciente el Reglamento, de que la necesaria comunicación entre distintas instituciones inevitablemente retrasará la resolución de los expedientes. No obstante, al no fijarse un plazo para la remisión de la solicitud, se deja al buen criterio de cada institución esa notificación "de modo inmediato".

El formulario previsto para la tramitación de una solicitud de invalidez es el formulario E 204⁸⁵, un formulario cada vez más complejo y más difícil de cumplimentar, en el se vuelca la información obtenida por

⁸⁴ Artículo 41.2 del Reglamento 574/71.

⁸⁵ Para la tramitación de una pensión de vejez está previsto el formulario E 202 y para la tramitación de una pensión de supervivencia el formulario E 203.

la institución instructora del peticionario. El formulario consta de catorce páginas, cincuenta notas aclaratorias para poder rellenar sus apartados en función de las necesidades de cada Estado e, incluso, cinco páginas adicionales que recogen requisitos específicos de Noruega, Finlandia y Portugal. Su enrevesada estructura y las inquisitivas preguntas que contiene hace que los técnicos llamados a cumplimentarle deban ser especialistas de especialistas, dificultad que normalmente se traduce en que se complete de forma incorrecta o incompleta con los consiguientes retrasos que ello puede acarrear.

5.2.2.2.- Acreditación de cotizaciones.

En una aparente duplicidad normativa, sólo desentrañable por las referencias de la Comisión Administrativa recogidas en los formularios elaborados al efecto, señala el artículo 42.1, del Reglamento de aplicación, que "para tramitar las solicitudes de prestaciones", en realidad para transmitir, "la institución instructora utilizará un formulario en el que habrán de figurar, entre otros datos, la relación y el resumen de los períodos de seguro o de residencia cubiertos por el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia bajo las

legislaciones de todos los Estados miembros afectados", estableciendo, además, en su número 2, que "el envío de dicho formulario a la institución de cualquier otro Estado miembro suplirá el envío de los documentos justificativos"⁸⁶.

Por otro lado, el artículo 43.1, del mismo texto, establece que "la institución instructora hará constar en el formulario previsto en el apartado 1 del artículo 42 del Reglamento de aplicación, los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación aplicada por ella.

⁸⁶ La emisión de este formulario prueba las cotizaciones efectuadas en el Estado que lo emite o, al menos, las cotizaciones que pueden ser tenidas en cuenta a efectos de totalización de períodos de cotización al amparo de los Reglamentos comunitarios. De acuerdo con la Disposición Transitoria Segunda, dos, del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, "... Los documentos oficiales de cotización que hayan sido diligenciados, en su día, por las oficinas recaudadoras constituirán el único medio de prueba admisible a tales efectos", a salvo, habría que añadir ahora, de las previsiones indicadas para los supuestos en que sean de aplicación los Reglamentos comunitarios. Como hemos visto, la regla del artículo 42.2 del Rgto. 574 parece que se refiere a la acreditación de cotizaciones realizadas en un Estado, el que emite el formulario, frente a otro Estado. No obstante, por aplicación del principio de confianza legítima, si ese documento acredita o prueba las cotizaciones hechas en el Estado emisor frente a otro Estado, también debe servir, entendemos, para acreditar o probar las cotizaciones realizadas en el Estado que emite el formulario y que constan en el mismo, amen de que puedan existir otras que por no ser totalizables, según las reglas de los Reglamentos, no se hayan reflejado en el certificado internacional. Sobre el principio de confianza legítima, véase, GIL IBÁÑEZ, J.L. "El Derecho Comunitario en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", Noticias de la Unión Europea-1996, págs. 16-17.

y enviará un ejemplar de dicho formulario a la institución del seguro de invalidez ... de cualquier Estado miembro a la que haya estado afiliado el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, adjuntando a dicho ejemplar, en su caso, los certificados de trabajo presentados por el solicitante".

En una interpretación combinada de ambos preceptos parece que en un mismo formulario la institución instructora debería hacer constar, tanto los períodos de seguro o residencia cubiertos bajo la legislación aplicada por ella, como los períodos de seguro o residencia cubiertos por el trabajador bajo las legislaciones de los demás Estados miembros afectados. Pero la previsión del artículo 42.1 es en buena medida pretenciosa, esto es, la institución instructora es difícil que pueda hacer constar los períodos de seguro cubiertos en otros Estados porque sencillamente los desconoce.

No obstante, no uno sino tres son los formularios elaborados para la aplicación de estos preceptos por la Comisión Administrativa sobre la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes, apartándose con ello de las previsiones reglamentarias, seguramente con una mejor visión práctica. En el formulario E 205 la institución instructora hará constar los períodos de seguro o residencia cubiertos bajo la legislación aplicada por ella. En el formulario E 207 hará constar los períodos de seguro

cubiertos en otros Estados, sin embargo el encabezamiento del formulario se encarga de aclarar que la información se ha obtenido sobre las alegaciones efectuadas por el interesado, información, por tanto, que podrá ser confirmada, en cada caso, por la institución afectada. Además, la Comisión Administrativa ha elaborado otro formulario, el E 206, para la certificación específica de períodos de seguro cubiertos desarrollando trabajos en las minas o en empresas asimiladas, pretendiendo con ello facilitar la totalización de períodos cubiertos en un concreto régimen especial.⁸⁷

5.2.2.3.- Documentos que deben acompañarse a los formularios en estos casos: descoordinación legislativa.

Los preceptos analizados en el apartado anterior

⁸⁷ Véanse las previsiones de totalización de períodos en regímenes especiales establecidas en los artículos 38 y 45 del Rgto. 1408 estudiadas en los epígrafes 4.2; 5.2 y 5.4 del Capítulo II. Quizás el que la primera "Comunidad" fuera la del carbón y el acero (CECA), haga que subsistan este tipo de menciones específicas a los sectores de la minería. Sobre la creación de las Comunidades, vid. p.e. GUY ISAAC "Manual de Derecho comunitario general", Barcelona 1991; págs. 15 y ss. Sobre el Tratado de la CECA, en particular, y la construcción institucional de las Comunidades, en general, vid. ALONSO GARCIA, R., "Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea", opus cit., págs. 8-9 y 2 y ss.

establecen, cuando menos, una paradoja en cuanto a los documentos que pueden acompañarse a los formularios a los que se refieren. Por un lado, el artículo 42.2, al referirse al formulario previsto en el punto 1 de dicho artículo, esto es, aquél en el que constarán los períodos de seguro cubiertos por el trabajador "bajo las legislaciones de todos los Estados miembros afectados", señala que "el envío de dicho formulario ... suplirá el envío de los documentos justificativos". Por el contrario, el artículo 43.1, al referirse al formulario en el que se van a certificar los períodos de seguro cubiertos bajo la legislación instructora, indica que a dicho formulario se adjuntarán, "en su caso, los certificados de trabajo presentados por el solicitante", cuando parece lógico que, en estos supuestos, al ser la institución que emite el formulario la que certifica sus propios períodos, no sería preciso adjuntar ningún documento justificativo sino que serviría el propio formulario como tal acreditación.

5.2.3. Trámite cuando únicamente están implicadas dos instituciones, la instructora y otra.

Cuando además de la instructora "sólo estuviere afectada otra institución, al recibir dicho formulario, (se

refiere al formulario E 205, establecido para la aplicación del artículo 43.1) esta segunda institución lo completará con los datos siguientes:

a) los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación aplicada por ella,

b) la cuantía de las prestaciones a que tendría derecho el solicitante en razón de esos períodos de seguro o de residencia solamente;

c) la cuantía teórica y la efectiva de la prestación, calculada con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 46 del Reglamento.

Una vez completado así, el formulario será devuelto a la institución instructora".⁸⁸

De acuerdo con lo previsto en el artículo 43.2 transcrito parece que una vez que la segunda institución⁸⁹ recibe de la institución instructora el formulario E 205 debe completarlo con los datos reseñados en el precepto y devolverlo. En realidad el formulario E 205 no tiene posibilidad de ser completado por otra institución diferente de la que lo expide. En efecto, existe un

⁸⁸ Artículo 43.2 del Rgto. 574.

⁸⁹ A esta segunda institución se la denomina en los formularios de enlace "institución correspondiente".

formulario E 205 para cada Estado, formulario que además es el único documento de enlace que sirve para certificar los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación del Estado que lo emite, en el que cada institución indica, con las precisiones y peculiaridades propias de su legislación, los períodos de seguro que el interesado acredita. Por tanto, la segunda institución no completará el formulario E 205 emitido por la institución instructora sino que emitirá, a su vez, y remitirá a la instructora, su propio formulario E 205 en el que consten los datos que exige el artículo 43.2 a), esto es, "los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación aplicada por ella".

Para dar cumplimiento a las previsiones de las letras b) y c) del artículo 43.2 está establecido el formulario E 208 que prevé todas las posibilidades de la prestación de referencia: pensión nacional calculada exclusivamente teniendo en cuenta períodos de seguro cumplidos bajo su legislación, pensión teórica calculada totalizando períodos cumplidos en otros Estados, pensión prorrateada, etc.

Por consiguiente, la institución correspondiente, una vez recibido el formulario E 205, al que normalmente se acompañará el E 204, que como sabemos es en el que se vuelca la solicitud de la institución instructora, remitirá a ésta su formulario E 205 y el E 208 en el que hará constar, según proceda, las previsiones del artículo 43.2,

letras b) y c).

Una vez más, con la intención de agilizar la resolución de los expedientes, indica el tercer párrafo del artículo 43.2, que "si los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación aplicada por la institución del segundo Estado miembro bastan, ellos solos, para dar derecho a la prestación, y si la cuantía de la prestación correspondiente a esos períodos puede ser determinada sin demora, mientras que las operaciones de cálculo a que se refiere la letra c) exigen un plazo sensiblemente más largo, el formulario será devuelto a la institución instructora con los datos señalados en las letras a) y b); los señalados en la letra c) serán comunicados lo antes posible a la institución instructora". Interpretando el precepto de acuerdo con lo que hemos indicado más arriba, en el caso de "que las operaciones de cálculo a que se refiere la letra c)" se demoren, la segunda institución remitirá a la instructora el formulario E 205 en el que consten los períodos de seguro cumplidos bajo la legislación que ella aplica y el formulario E 208 en el que constará "la cuantía de las prestaciones a que tendría derecho el solicitante en razón de esos períodos de seguro o de residencia solamente".

Téngase en cuenta, en cualquier caso, que estas reglas de instrucción, como las que veremos en el siguiente

apartado, están previstas tanto para las prestaciones de vejez, supervivencia e invalidez⁹⁰, por lo que requerirán las necesarias adaptaciones derivadas de la naturaleza de cada prestación. Así, la institución correspondiente, en el supuesto de instrucción de solicitudes de prestaciones de invalidez, al no depender estas exclusivamente de períodos previos de cotización sino también del estado incapacitante del inválido, no podrá determinar, sin más, "la cuantía de las prestaciones a que tendría derecho el solicitante en razón" exclusivamente de los períodos de seguro o de residencia, sino que tendrá que valorar, además, el posible grado de invalidez que el interesado padezca.

**5.2.4. Cuando estén implicadas la institución
instructora y otras dos o más instituciones.**

Cuando son dos o más las instituciones afectadas,

⁹⁰ Los artículos 41 a 50 del Rgto. 574 van precedidos del título "Tramitación de las solicitudes de prestaciones de invalidez, de vejez y de supervivencia, en los casos a que se refiere el artículo 36 de Reglamento de aplicación". El artículo 36, como vimos y por lo que nos interesa referido a las pensiones de invalidez tipo B, se titula: "solicitud de prestaciones de vejez, de supervivencia (excepto orfandad) y de invalidez en los casos no mencionados en el artículo 35 del Reglamento de aplicación".

aparte de la de instrucción hay que entender, cada una de ellas completará el formulario previsto en el artículo 43.1, que, como vimos, es el E 205, haciendo constar en él los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación que aplique y lo devolverá a la institución instructora, exige el artículo 43.3 del Rgto. 574. Valgan las consideraciones hechas en el apartado anterior respecto al formulario que se debe completar por la institución receptora, que no es el formulario E 205 recibido sino el suyo.

El párrafo segundo del mismo artículo 43.3 contiene una previsión similar a la que vimos en el párrafo segundo del artículo 43.2 para tratar de agilizar los trámites para la resolución del expediente también en estos casos. Señala el precepto que "si los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación aplicada por una o por varias de estas instituciones bastan, ellos solos, para dar derecho a la prestación y si la cuantía que procede asignar a la misma en razón de esos únicos períodos puede ser determinada sin demora, dicha cuantía será notificada a la institución instructora a la vez que los períodos de seguro o de residencia; si su cálculo exige algún tiempo, la cuantía en cuestión será puesta en conocimiento de la institución instructora tan pronto como se haya obtenido". No se hace referencia ahora a la previsión contenida en la letra c) del artículo 43.2, esto es, remitir también el cálculo de la pensión teórica y de la prorrata. En los

supuestos a que hace referencia el artículo 43.3 es casi imposible llevar a cabo ese cálculo en este momento del procedimiento. En efecto, la institución instructora solo remite el formulario E 205, donde certifica los períodos de seguro cumplidos bajo su legislación, y el formulario E 207, donde informa de los períodos de seguro cubiertos en otros estados, pero esta información, recordamos, se basa en las alegaciones efectuadas por el interesado sin que hayan sido contrastadas. Por tanto, en el caso en que sólo intervengan dos instituciones, la instructora y otra, existe posibilidad de realizar el cálculo de la pensión teórica y la prorrata porque la segunda conoce, a través del formulario E 205 que se le remite, los períodos de seguro cubiertos bajo la legislación de la institución instructora, certeza que no se tiene en los supuestos que ahora vemos donde habrá que esperar a que le sean remitidos todos los formularios E 205 de todas las instituciones implicadas para poder llevar a cabo el cálculo a que hacemos referencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, señala el artículo 43.3, tercer párrafo, que "una vez recibidos todos los formularios con los datos referentes a los períodos de seguro o de residencia y, en su caso, a la cuantía o a las cuantías debidas en aplicación de la legislación de uno o varios de los Estados miembros afectados, la institución instructora enviará un ejemplar de los formularios así completados a las diferentes instituciones afectadas, cada

una de las cuales, al recibirlo, hará constar en dicho ejemplar la cuantía teórica y la efectiva de la prestación, calculada con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 46 del Reglamento, y lo devolverá a la institución instructora". Como dijimos antes, una vez recibidos todos los formularios E 205 de todas las instituciones implicadas, la institución instructora los enviará, conjuntamente a todas las afectadas para que puedan llevar a cabo el cálculo de la pensión teórica y de la pensión prorratea conforme a su legislación. Una vez que han llevado a cabo este cálculo lo remitirán a la institución instructora en el formulario E 208.

5.2.5. Posibilidad de cálculo conforme a las reglas de la invalidez tipo A. Períodos inferiores a un año.

La previsión del artículo 43.4, del Reglamento de aplicación, pone claramente de manifiesto que es la institución instructora la que conduce la instrucción del expediente vinculando, parece, con sus decisiones a las demás instituciones.

Señala el referido precepto que "en cuanto la

institución instructora, una vez recibidos los informes señalados en los apartados 2 o 3, compruebe si procede aplicar lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 40, o en los apartados 2 o 3 del artículo 48 del Reglamento, lo comunicará a las otras instituciones afectadas". Como precisión terminológica, los apartados 2 y 3 del artículo 43 del Reglamento de aplicación no hacen referencia a informes sino a formularios, formularios, eso si, donde se informará de períodos de seguro y, en su caso, de prestaciones a las que eventualmente se pueda tener derecho, como hemos visto en los apartados precedentes.

Salvando la precisión hecha y recordando los supuestos a que se refiere el artículo 43.4, diremos que el artículo 40 del Rgto. 1408 establece reglas para el cálculo de las prestaciones de invalidez tipo B, reglas que se aplicaran cuando los Estados implicados, en los que el interesado haya generado períodos de seguro o de residencia, sean Estados de legislación tipo B o exista mezcla de Estados tipo A y tipo B. En su número 2, como excepción a este último supuesto, remite para el cálculo de las prestaciones a la aplicación de las reglas previstas para la invalidez tipo A, esquemáticamente, cuando, entrando en juego países tipo A y tipo B, no sea imprescindible totalizar con países tipo B para tener derecho a prestaciones de países tipo A⁹¹. Por tanto, la comunicación de esta circunstancia por

⁹¹ Nos remitimos a lo que señalamos sobre estos supuestos en el epígrafe 3.4.1.2 del capítulo I. Pero para una mayor claridad expositiva en este momento recordamos

parte de la institución instructora a las demás instituciones afectadas determinará la aplicación de estas reglas.

Por otra parte, la aplicación de las reglas previstas en el artículo 48.2 y 3⁹² del Rgto. 1408/71 determinan qué

que el artículo 40.2 del Rgto. 1408 textualmente señala: "No obstante, el interesado que padezca incapacidad laboral seguida de invalidez y que esté sometido a alguna de las legislaciones mencionadas en la parte A del Anexo IV, tendrá derecho a las prestaciones con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 37, con las siguientes condiciones:

- que reúna los requisitos exigidos por dicha legislación o por otras legislaciones del mismo tipo, teniendo en cuenta, cuando proceda, lo dispuesto en el artículo 38, sin que sea preciso recurrir a los períodos de seguro cumplidos con arreglo a legislaciones no mencionadas en la parte A del anexo IV, y

- que no reúna los requisitos exigidos par tener derecho a prestaciones de invalidez al amparo de una legislación no mencionada en la parte A del Anexo IV, y

- que no haga valer eventuales derechos a prestaciones de vejez, habida cuenta de la segunda frase del apartado 2 del artículo 44."

⁹² Véase lo que dijimos sobre los períodos inferiores a un año en el epígrafe 6.2.3 del capítulo II. Sin embargo, para una mayor claridad expositiva, recordamos que el artículo 48 del Rgto. 1408 textualmente señala:

" Períodos de seguro o de residencia inferiores a un año.

1.- No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 46, la institución de un Estado miembro no estará obligada a conceder prestaciones en virtud de períodos cumplidos con arreglo a la legislación que aplique y que deban tomarse en consideración en el momento del hecho causante, cuando:

- la duración de dichos períodos sea inferior a un año, y

Estado va a ser el competente en el caso de que el trabajador reúna en alguno o en todos ellos únicamente períodos de seguro inferiores a un año. Igual que en el supuesto anterior, la decisión que tome en este caso la institución instructora vinculará a las demás instituciones para la aplicación de estas reglas⁹³.

- una vez computados dichos períodos, no se adquiriera ningún derecho con arreglo a lo dispuesto en dicha legislación.

2.- La institución competente de cada uno de los demás Estados miembros afectados tendrá en cuenta los períodos señalados en el apartado 1, para aplicar el apartado 2 del artículo 46, a excepción de la letra b).

3.- En caso de que la aplicación del apartado 1 tuviese por efecto liberar de sus obligaciones a todas las instituciones de los Estados afectados, se concederán las prestaciones exclusivamente con arreglo a la legislación del último de estos Estados cuyas condiciones se cumplan, como si todos los períodos de seguro y de residencia cumplidos y computados según los apartados 1 a 4 del artículo 45 se hubiesen cumplido con arreglo a la legislación de dicho Estado."

⁹³ Con la intención de que sirva de recuerdo, y por las evidentes dificultades que pueden surgir en estos casos, señalaremos que el artículo 81 a) del Rgto. 1408, dedicado a precisar las tareas de la Comisión administrativa, indica que ésta se encargará: "... a) de resolver todas las cuestiones administrativas o de interpretación, derivadas de las disposiciones del presente Reglamento y de los ulteriores, o de cualquier convenio o acuerdo celebrado dentro del marco de dichos Reglamentos, sin menoscabo del derecho que asista a las autoridades, instituciones y personas interesadas, de recurrir a los procedimientos previstos y a las jurisdicciones señaladas por las legislaciones de los diversos Estados miembros, por el presente Reglamento y por el Tratado".

5.3. Reglas de instrucción referentes al grado de invalidez.

Con carácter general podemos afirmar que unas de las reglas de instrucción más importantes de los procedimientos de invalidez están referidas a la determinación del grado de invalidez. No obstante, los Reglamentos dejan estas reglas a las previsiones de las legislaciones nacionales con arreglo a las cuales deberá de tomar cada Estado la decisión sobre la situación del inválido⁹⁴. Los Reglamentos sólo tienen en consideración la decisión que haya podido tomar una institución de acuerdo a su legislación para añadirle algunos efectos en determinados casos, fundamentalmente los efectos previstos en el artículo 40.4 del Rgto. 1408 y en los supuestos que se den las condiciones en él señaladas, como vimos⁹⁵. Recordando, señala el citado precepto que "la decisión que tome la institución de un Estado miembro sobre el estado de invalidez del solicitante, será respetada por la

⁹⁴ En nuestro ordenamiento la instrucción de estos procedimientos está regulada en el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, en su artículo 4, y en la Orden de 18 de enero de 1996, dictada para la aplicación y desarrollo del anterior Real Decreto, en sus artículos 7 a 12.

⁹⁵ Véase lo que dijimos sobre esta materia en el epígrafe 3.4.5.2. del capítulo I.

institución de cualquier otro Estado miembro afectado, siempre que la concordancia de los requisitos referentes al estado de invalidez entre las legislaciones de ambos Estados esté reconocida en el Anexo V"⁹⁶.

Ciñéndonos ahora exclusivamente a las reglas procedimentales, y más concretamente, de instrucción, que afectan a estos supuestos, señala el artículo 44.1 del Rgto. 574 que "únicamente la institución instructora estará habilitada para tomar la decisión a que se refiere el apartado 4 del artículo 40 del Reglamento, sobre el grado de invalidez del solicitante ... La institución instructora tomará esta decisión tan pronto como disponga de los datos necesarios para determinar si el solicitante reúne las condiciones que la legislación aplicada por ella exige para tener derecho a las prestaciones, teniendo en cuenta, en su caso, lo dispuesto en el artículo 45 del Reglamento, y notificará sin demora lo que haya decidido a las demás instituciones afectadas"⁹⁷.

⁹⁶ Si una institución toma una decisión positiva sobre un grado de invalidez, esto es, le reconoce, su decisión vincula a los demás Estados que tengan establecida la concordancia en el Anexo V del Reglamento 1408/71, por el contrario "en caso de juicio negativo, tal juicio no es vinculante para las instituciones de los demás Estados, incluso si en el citado anexo está prevista una concordancia entre las respectivas legislaciones", MOTTA "I diritti previdenziali dei lavoratori migranti nei paesi della CEE", Inca/CGIL, Roma 1976, pág. 181.

⁹⁷ En cualquier caso, el que un trabajador perciba una prestación de invalidez "a prorrata" en un Estado no puede determinar la pérdida en otro Estado de una prestación de desempleo que depende de su aptitud para el trabajo y esa aptitud haya sido reconocida por el Estado que adeuda la prestación de desempleo, según interpreto el Tribunal de

No obstante, señala el mismo precepto en su número 2, "cuando el solicitante no reúna las condiciones distintas al grado de invalidez que la legislación aplicada por la institución instructora exige para tener derecho a las prestaciones, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 45 del Reglamento, dicha institución lo comunicará inmediatamente a la institución competente en materia de invalidez de aquel Estado miembro afectado a cuya legislación haya estado sometido el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en último lugar. Esta institución estará facultada para decidir sobre el grado de invalidez del solicitante, siempre que éste reúna las condiciones que la legislación aplicada por ella exige para tener derecho a las prestaciones, y notificará sin demora esta decisión a las demás instituciones afectadas".

Esto es, la institución instructora tomará la decisión sobre el estado de invalidez del solicitante sólo si conforme a su legislación pudiera tener derecho a prestaciones de invalidez. Si no fuera así, lo comunicará a la anterior institución a la que el solicitante estuvo afiliado con anterioridad y si en esta tampoco tiene derecho a prestaciones esta última lo comunicará a la anterior y así sucesivamente hasta la primera en la que estuvo afiliado el solicitante, "carrera al revés" que es posible exclusivamente para la determinación de la

Justicia en su sentencia de 23.2.82, asunto 79/81, Baccini, DOCE C-94, 1982.

institución que debe declarar la situación de invalidez y su grado⁹⁸. Supone, por tanto, que ninguna institución podrá calificar al solicitante en ningún grado de invalidez si, aplicando su legislación, incluso totalizando si es preciso, no va a tener derecho a prestaciones de invalidez. Imposibilidad similar se aplica en nuestro sistema, lo que ha llevado a nuestra doctrina a señalar que una "regla importante acuñada por la jurisprudencia (y parece, contemplada en forma positiva en el art. 143.1 de la LSS) es la siguiente: cuando el causante no acredite alguno/s de los requisitos exigidos para tener derecho a las prestaciones económicas por invalidez permanente, el INS debe abstenerse de 'calificar', ya que calificación y prestación son inseparables; si lo hizo la calificación será nula"⁹⁹

En todo caso, con carácter general y válido, por tanto, para los supuestos vistos y para todos los demás, "para determinar el grado de invalidez, la institución de un Estado miembro tendrá en cuenta los documentos e informes

⁹⁸ RODRIGUEZ PIÑERO, M. "La Seguridad Social de los Trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas", cit., pág. 338.

⁹⁹ ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA "Instituciones de Seguridad social", opus cit, pág. 280. Ver también la jurisprudencia y doctrina que citan en la detallada nota a pie de página que colocan al texto transcrito, nota que, por otro lado, es un detallado estudio del tema; véase también ROMAN VACA, E. "El procedimiento administrativo de calificación y revisión de la invalidez permanente", cit., págs. 57 a 60; SEMPERE NAVARRO, A.V. y LUJAN ALCARAZ, J. "La extinción del contrato de trabajo por invalidez permanente del trabajador y su discutible indemnización", Rev. Relaciones Laborales nº 7 (1994).

médicos así como los datos de índole administrativa reunidos por la institución de cualquier otro Estado miembro", señala el artículo 40 del Rgto. 574¹⁰⁰. "No obstante, (continúa el precepto) cada institución conservará la facultad de disponer que un médico designado por ella reconozca al solicitante, salvo en los casos en que sean aplicables las disposiciones del apartado 4 del artículo 40 del Reglamento"¹⁰¹.

Para la comunicación de los datos de carácter administrativo se utiliza el formulario E 215 y para la comunicación de datos de carácter médico entre instituciones se utiliza el formulario E 213¹⁰².

Debe recordarse en esta materia, por su indudable

¹⁰⁰ Artículo que aunque está fuera de la "sección" correspondiente a las reglas de invalidez tipo B la doctrina le aplica con carácter general para todas las prestaciones de invalidez: "la determinación de la invalidez y su grado (para lo que ha de tomarse en consideración los documentos e informes médicos y administrativos recibidos de todo otro Estado miembro), ..."
RODRIGUEZ PIÑERO, M. "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en las comunidades europeas", cit., pág. 337.

¹⁰¹ Véase sobre estos extremos las consideraciones que hicimos en el epígrafe 4 del capítulo I.

¹⁰² Al formulario E 215 hicimos referencia al estudiar las reglas de instrucción de la invalidez tipo A, a donde ahora nos remitimos. El formulario E 213 es un complejo documento que se autotitula "informe médico detallado" y que consta de 16 páginas que recogen múltiples especificaciones médicas.

interés y trascendencia, que, de conformidad con el artículo 84.5 del Rgto. 1408/71, "cuando, en virtud del presente Reglamento o del Reglamento de aplicación ... las autoridades o instituciones de un Estado miembro comuniquen datos de carácter personal a las autoridades o instituciones de otro Estado miembro, dicha comunicación se atenderá a las disposiciones de la legislación sobre protección de datos del Estado miembro que los transmita. Cualquier comunicación adicional, así como la memorización, la modificación y la destrucción de datos se atenderá a las disposiciones de las legislaciones sobre protección de datos del Estado miembro que los reciba", asimismo indica que "los datos de carácter personal sólo podrán utilizarse para fines distintos de los de seguridad social con el consentimiento de la persona a la que se refieran o respetando las otras garantías previstas por el ordenamiento interno", previsiones que habrán de ponerse en relación, además de con las previsiones de nuestra legislación sobre protección de datos referentes al historial clínico¹⁰³, con el consentimiento del interesado, requerido en el artículo 4.5 de la Orden de 18 de enero de 1996¹⁰⁴, para aportar al procedimiento de

¹⁰³ Unas interesantes reflexiones sobre este tema realiza MORALES PRATS, F. en "Confidencialidad intimidad e informática: la protección de los datos del paciente. Perspectiva jurídico-penal", VVAA, Jornadas sobre los derechos de los pacientes 1990, INSALUD 1992, págs. 131 a 198.

¹⁰⁴ La Orden de 18 de enero de 1996 (BOE 26-1-1996), por la que se desarrolla el R.D. 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad social, en su artículo 4.5 señala: "Los interesados podrán

invalidez datos que puedan obrar en el historial clínico.

6.- LA RESOLUCIÓN.

La fase final del procedimiento, o fase de terminación, va encaminada, normalmente, a dictar una resolución por la que se reconozca o se deniegue al interesado la prestación de invalidez solicitada, en función de su estado incapacitante. La resolución es, por tanto, la forma normal de terminación del procedimiento. Con carácter meramente ilustrativo, podemos señalar que en nuestro ordenamiento corresponde dictar la resolución al Director Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social¹⁰⁵ a la vista

aportar, si obra en su poder, copia original del historial clínico elaborado por el Servicio Público de Salud competente o, en su caso, informe de la Inspección Médica de dicho Servicio, así como los historiales, pruebas y exploraciones complementarias de centros e instituciones sanitarias que consideren convenientes.

Cuando se trate de afiliados que tengan cubierta la incapacidad temporal por una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o por una empresa colaboradora, el historial clínico se aportará, previo consentimiento del interesado o su representante legal, por dichas entidades. En defecto de dicho historial, se acompañará informe de la Inspección Médica del Servicio Público de Salud competente".

¹⁰⁵ Véanse artículos 6 del R.D. 1300/1995, de 21 de julio, y artículo 13 de la Orden de 18 de enero de 1996.

del "dictamen-propuesta"¹⁰⁶ que le haya sido elevado por el equipo de valoración de incapacidades. Pero además de esta forma normal de terminación, el procedimiento también puede finalizar por desistimiento o caducidad, descartándose por la doctrina la posibilidad de terminación por renuncia¹⁰⁷. A estos "modos anormales"¹⁰⁸ de terminación del procedimiento no hacen referencia los Reglamentos, por lo que corresponderá la aplicación de lo dispuesto en cada legislación sobre el particular.

6.1.- Forma de la resolución: nota de recapitulación y notificación.

Sobre la institución instructora recae, también en esta fase, el peso de la ordenación del procedimiento comunitario, siendo el eje sobre el que giran las actuaciones del resto de instituciones implicadas. Así, y dentro de esta fase final o de terminación del

¹⁰⁶ Sobre el "dictamen- propuesta" véanse los artículos 5 del R.D. 1300/1995, de 21 de julio y artículo 10 de la Orden de 18 de enero de 1996.

¹⁰⁷ Un estudio de estas formas de terminación desde la legislación nacional en ROMAN VACA, E. "El procedimiento administrativo de calificación y revisión de la invalidez permanente", opus cit, págs. 51-54.

¹⁰⁸ GARCIA DE ENTERRIA, E. y RAMON FERNANDEZ, T. "Curso de Derecho administrativo", opus cit. pág. 494.

procedimiento, indica el artículo 48.1 del Rgto. 574 que "las decisiones definitivas tomadas por cada una de las instituciones de que se trate se transmitirán a la institución instructora".

La "decisión definitiva" la toma cada institución de acuerdo con las previsiones de su legislación, tanto desde el punto de vista de los requisitos para conceder la prestación, como sabemos, como desde la perspectiva de las formalidades. Desde este último aspecto, ya nos hemos referido a alguno de los problemas que plantea la resolución en epígrafes anteriores, por ejemplo, al hablar del plazo para resolver vinculado a la fecha de la presentación de la solicitud; asimismo hemos visto, en el epígrafe anterior, la imposibilidad, por parte de la institución instructora, de tomar una "decisión definitiva" cuando el interesado no reúne alguno de los requisitos exigidos por su legislación para tener derecho a las prestaciones.

Corresponde ahora, por tanto, centrarnos en otros aspectos formales, pocos por otro lado, a los que se refieren las normas comunitarias. Con este propósito, hay que señalar que tomada la "decisión definitiva", o lo que es lo mismo, adoptada la resolución por cada institución de acuerdo a su legislación, debe comunicarla a la institución competente. En todo caso adoptada esa decisión definitiva, señala, además, el precepto del Reglamento

citado que "cada una de dichas decisiones deberá especificar las vías y los plazos fijados para interponer recurso en la legislación correspondiente".

La indicación, por tanto, de los recursos, y plazos para interponerlos, que caben contra cada decisión o resolución será un requisito que deberán cumplir todas las instituciones implicadas al tomar una "decisión definitiva" en un asunto concreto, con independencia de que la legislación interna de cada Estado pudiera prever esta formalidad como obligatoria en la notificación de sus decisiones o resoluciones. Parece, no obstante, que todas las legislaciones de la Unión admiten la posibilidad de recurrir e incluyen la indicación del plazo para la interposición de los pertinentes recursos en la notificación de la resolución. En efecto, según las indicaciones del formulario E 212 los plazos para interponer los recursos en los diferentes Estados van desde los veintiún días que se conceden en Irlanda hasta los tres meses que se otorgan en Austria¹⁰⁹.

¹⁰⁹ De acuerdo con las indicaciones del formulario E 212, formulario en el que se detallan las vías y recursos contra las posibles decisiones de los diferentes Estados, los plazos para interponer un recurso en cada Estado son los siguientes:

- En Bélgica, un mes desde la notificación de la resolución.
- En Dinamarca, un mes desde la notificación de la resolución.
- En Alemania, un mes desde la notificación de la resolución.
- En Grecia, el plazo depende del tipo de resolución.
- En España, treinta días hábiles desde la notificación de la resolución.
- En Francia, dos meses desde la notificación de la

"Al recibo de todas las decisiones, la institución instructora las notificará al solicitante en la lengua de éste por medio de una nota de recapitulación a la que se adjuntarán dichas decisiones". El que la notificación de las decisiones se haga en la lengua del trabajador es esencial para que tengan la eficacia que se pretende, correspondiendo, además "a las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros velar porque no se vea comprometida la seguridad jurídica por una caducidad del derecho

resolución.

- En Irlanda, veintiún días desde la notificación de la resolución.

- En Italia, para el Régimen General, noventa días desde la notificación de la resolución. En los Regímenes especiales tiene plazos diferentes.

- En Luxemburgo, cuarenta días desde la notificación de la resolución.

- En Países Bajos, señala textualmente el formulario, "en un plazo de seis semanas a partir de la fecha en la que el interesado haya podido razonablemente tener conocimiento de la notificación".

- En Austria, tres meses a partir de la notificación de la resolución.

- En Portugal, y para el supuesto de residencia fuera de Portugal, cuarenta y cinco días para el caso de que la pensión se deniegue por motivos inherentes a la incapacidad, o cuatro meses para el caso de que se deniegue por motivos administrativos.

- En Finlandia, treinta días desde la notificación de la resolución.

- En Suecia, dos meses desde la notificación de la resolución.

- En Reino Unido, tres meses "a partir de la fecha que aparece en la carta de envío de la decisión".

En los tres países que sin ser miembros de la Unión Europea forman parte del Espacio Económico Europeo, y a los que, por tanto, también se les aplican los Reglamentos comunitarios, los plazos indicados en el formulario son los siguientes:

- En Islandia, tres meses desde la notificación de la resolución.

- En Liechtenstein, treinta días desde la notificación de la resolución.

- En Noruega, seis semanas desde la notificación de la resolución.

derivada de la incapacidad del trabajador a la hora de comprender el idioma en que se le comunica una decisión"¹¹⁰. como señalamos al estudiar el idioma en la resolución, punto al que ahora nos remitimos¹¹¹.

En esta línea, reiteramos, todos los actos de comunicación de las instituciones con los particulares, que se deriven de la aplicación de los Reglamentos, deberán hacerse en el idioma del trabajador o, al menos, en idioma que el trabajador conozca. Por ello, entendemos que la previsión del artículo 48.1 del Reglamento 574/72, que reiteramos, señala que "al recibo de todas" las decisiones de las diferentes instituciones implicadas "la institución instructora las notificará al solicitante en la lengua de éste por medio de una nota de recapitulación a la que se adjuntarán dichas decisiones", debe entenderse en el sentido de que esa nota de recapitulación debe ser exhaustiva, o las decisiones que se adjunten de las demás instituciones deben estar en el idioma del trabajador, o traducidas al mismo, para que se entiendan notificadas con el efecto de empezar a correr los plazos para su posible impugnación.

La Comisión Administrativa sobre la Seguridad Social

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de febrero de 1975, asunto 66/74, Farrauto, (Recopilación 1975, págs. 157 y ss.).

¹¹¹ Sobre la problemática que plantea el idioma en el procedimiento, véase, en general, el epígrafe 3, y, en particular, el punto 3.2, ambos de este capítulo.

de los Trabajadores Migrantes ha aprobado los formularios E 211 y E 212 para que las instituciones den cumplimiento a las previsiones del artículo 48 del Rgto. 574. Al formulario E 212 haremos referencia antes al hablar de los plazos para interponer los recursos. El formulario E 211 es el que sirve como "nota de recapitulación" de las decisiones adoptadas por las demás instituciones. Como hemos indicado, entendemos que sólo cuando en él se contengan detalladamente las decisiones de las demás instituciones implicadas podrá entenderse practicada la notificación con el efecto de empezar a correr los plazos para interponer los recursos.

Además de la notificación mediante la nota de recapitulación, que es el medio de notificación obligatorio, el Rgto. 574 admite, en su artículo 3.3, una comunicación o notificación directa al interesado. Señala el citado precepto que "las decisiones y otros documentos procedentes de una institución de un Estado miembro y dirigidos a una persona que resida o se halle en el territorio de otro Estado miembro podrán serle comunicados¹¹² directamente por correo certificado con

¹¹² Esta comunicación hay que entenderla aquí como notificación. El Reglamento nº 2332/89, justificando el que se añadiera un nuevo número al artículo 3, introdujo un nuevo considerando en el prefacio del Rgto. 574 del siguiente tenor: "Considerando que es necesario incluir en el artículo 3 del Reglamento (CEE) nº 574/72 una disposición que permita la notificación directa de las decisiones y otros documentos emanados de una institución de un Estado miembro a las personas que residan en el territorio de otro Estado miembro".

acuse de recibo"¹¹³. Por supuesto, y sin entrar de nueva en ello, a esta "notificación directa" de la resolución también le son aplicables todas las consideraciones hechas sobre el idioma en las resoluciones.

Por último, y dando un pespunte desde nuestra legislación para cuando nuestras instituciones sean instructoras, entendemos que son aplicables el resto de previsiones que se contienen en nuestro ordenamiento para la practica de las notificaciones con las matizaciones que puedan derivarse de las peculiaridades de estos procedimientos. Así, por ejemplo, señala el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que "toda notificación deberá ser cursada en el plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado", plazo que, en estos casos, solo puede empezar a contarse desde que la institución instructora recibe las resoluciones de las demás instituciones.

6.2.- Plazos para interponer los recursos.

Señala el último inciso del artículo 48.1 del Rgto. 574

¹¹³ El artículo 3.3 del Rgto. 574 es una aplicación concreta de la previsión genérica contenida en el artículo 84.3 del Rgto. 1408 que señala que "para la aplicación del presente Reglamento, las autoridades y las instituciones de los Estados miembros podrán comunicarse directamente entre ellas, y también con las personas interesadas o con sus mandatarios".

que "los plazos para interponer recurso sólo comenzarán a contar a partir de la fecha en que el solicitante reciba la nota de recapitulación".

Partimos del supuesto hipotético de que el interesado ha sido notificado adecuadamente. Para este caso, como señala el precepto reglamentario, los plazos de interposición de los posibles recursos contra la resolución comienzan a correr "a partir" de la fecha en que el solicitante recibe la nota de recapitulación. Esto es, no cuenta el día de la recepción, si no que "a partir" del día siguiente corre el plazo establecido en cada legislación. En nota al apartado anterior indicamos los plazos que para cada Estado constan en el formulario E 212; en todas las referencias a los distintos Estados los plazos se cuentan desde la notificación de las resoluciones salvo en dos: Países Bajos y Reino Unido. En Países Bajos se indica que el plazo se empezará a contar "a partir de la fecha en la que el interesado haya podido razonablemente tener conocimiento de la notificación". En el caso del Reino Unido el plazo correrá "a partir de la fecha que aparece en la carta de envío de la decisión". Nos parece inadecuado que la Comisión Administrativa sobre la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes apruebe un formulario con este tipo de precisiones que no se ajustan a lo dispuesto en el Reglamento¹¹⁴. En cualquier caso, en interpretación

¹¹⁴ Dispone el artículo 2.1 del Rgto. 574 que "los modelos de certificados, certificaciones, declaraciones, solicitudes y demás documentos necesarios para la

estricta de la norma comunitaria, entendemos que los plazos deben comenzar a correr siempre desde el día siguiente a la recepción de la nota de recapitulación de las distintas decisiones.

Como hemos visto, el artículo 3.3 del Rgto. 574 permite la notificación o comunicación de una decisión tomada por una institución directamente al interesado. Esta comunicación, dejando al margen las cuestiones lingüísticas, deberá cumplir las previsiones de la legislación interna que rijan los actos de la institución que toma la decisión. Si, como en el caso de nuestra legislación, se prevé que toda notificación de una resolución debe indicar los recursos y plazos que caben contra la misma¹¹⁵, desde el momento en que al particular se le notifica esta resolución se le abre la posibilidad de recurrir contra la misma. Pero, además, como lo que el Reglamento de aplicación exige, para el procedimiento de invalidez, es la notificación mediante la nota de recapitulación prevista en el artículo 48.1, una vez practicada ésta de nuevo el interesado podrá recurrirla, por que, como vimos, en el "procedimiento comunitario" los

aplicación del Reglamento y del Reglamento de aplicación serán elaborados por la Comisión administrativa."

¹¹⁵ El artículo 89.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, prevé que "las resoluciones contendrán la decisión, que será motivada en los casos a que se refiere el artículo 54. Expresarán, además, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno".

plazos para interponer los recursos sólo comienzan a partir de la fecha en que el solicitante recibe la nota de recapitulación. Entendemos, por tanto, y desde el punto de vista de los plazos para interponer los recursos, que el solicitante puede recurrir la resolución directamente notificada en los plazos indicados en la misma y empezados a contar desde su notificación, o bien podrá esperar a recurrirla en los mismos plazos pero empezados a contar desde la notificación mediante la nota de recapitulación.

6.3. Comunicación a las demás instituciones.

Una manifestación concreta del principio de cooperación entre instituciones, principio establecido con carácter general en el artículo 84 del Rgto. 1408, es la que se contiene en el artículo 48.2 del Reglamento de aplicación que señala que la institución instructora, "al mismo tiempo que hace llegar al solicitante la nota de recapitulación" prevista en el artículo 48.1, "dirigirá una copia a cada una de las instituciones afectadas, adjuntando copia de las resoluciones de las otras instituciones". Esta comunicación a las demás instituciones se hará mediante el envío del formulario E 211 al que se adjuntará una copia de la propia decisión y de las decisiones de las otras instituciones

implicadas.

Digamos aquí, y valga con carácter general para todos los supuestos en los que el Reglamento prevé la comunicación de resoluciones, o cualquier otra información, tomadas por nuestras instituciones a otras instituciones de otros Estados, que tal comunicación deberá hacerse en el plazo de 15 días. En efecto, prevé el artículo 10 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que "cuando en virtud de una obligación derivada de los Tratados de las Comunidades Europeas o de los actos de sus Instituciones, sea precisa la comunicación a éstas de disposiciones de carácter general, resoluciones, proyectos de disposiciones, o cualquier otra información cuyo envío resulte obligado por imperativo del Ordenamiento Jurídico Comunitario, la Administración Pública correspondiente procederá a su remisión en el plazo de quince días al órgano competente de la Administración General del Estado para realizar la comunicación a dichas Instituciones", o bien, habrá que entender, que tal comunicación podrá hacerse directamente a tales instituciones cuando esté así previsto en los instrumentos normativos de la Comunidad de los que se derive tal obligación.

7.- TERMINACIÓN PROVISIONAL: ANTICIPOS SOBRE LAS PRESTACIONES.

El Reglamento, quizás consciente de que los procesos de invalidez pueden tardar en resolverse, y tratando de dar pronta satisfacción al interesado que, al encontrarse en una situación de necesidad, requiere que las prestaciones de seguridad social le alleguen cuanto antes, ha establecido una serie de reglas para que, una vez que se deduzca del procedimiento que el interesado puede tener derecho a una prestación, ésta le sea abonada cuanto antes, aunque sea a título provisional. Como ha señalado la doctrina, "aunque los reglamentos establecen medidas para acelerar la liquidación de las prestaciones, ésta se puede prolongar en el tiempo y para evitar perjuicios al interesado está previsto el pago de prestaciones a título provisional y de anticipos sobre esas prestaciones"¹¹⁶.

Dos tipos de anticipos se establecen en el Rgto. 574. Primero, los previstos en el artículo 45, a los que sí podríamos aplicarlos el calificativo de terminación provisional porque su abono se deduce una vez iniciado el

¹¹⁶ ~~RODRIGUEZ PIÑERO, M. "La Seguridad social del los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas",~~ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1982, pág. 343.

procedimiento, derivándose la obligación, normalmente, de los datos recabados en la fase de instrucción. Y, segundo, los anticipos previstos en el artículo 114 que, como el título del precepto indica, suponen el "abono provisional de prestaciones en caso de discrepancia sobre la legislación aplicable o sobre la institución llamada a abonarlas", situaciones que podrán plantearse incluso en la fase inicial del procedimiento.

Los anticipos previstos en el artículo 45 del Reglamento sólo son aplicables en los procedimientos de reconocimiento de prestaciones de invalidez tipo B y ello por dos razones, en primer lugar, porque, como vimos, el artículo 39.4 del Rgto. 574 indica que "los artículos 41 a 50 del Reglamento de aplicación no serán aplicables" a los procedimientos de reconocimiento de prestaciones de invalidez tipo A, y, en segundo lugar, porque las reglas contenidas en el citado artículo 45 no se corresponden con la dinámica del procedimiento de reconocimiento de la invalidez tipo A donde la institución instructora y competente se confunden. Los anticipos previstos en el artículo 114 del Reglamento 574/72, por el contrario, sí son aplicables tanto a los procedimientos de invalidez tipo A como a los procedimientos de invalidez tipo B.

Debemos aclarar, también, que los anticipos previstos en el artículo 45 del Rgto. 574 son anticipos sobre prestaciones debidas, por que "a diferencia del régimen

previsto para otras prestaciones (véanse, por ejemplo los artículos 36 y 63 del Reglamento nº1408/71), ninguna disposición del Reglamento nº 1408/71 obliga a las instituciones del Estado de residencia a abonar las prestaciones por invalidez al interesado, ni siquiera con cargo a su reembolso por parte del Estado competente, sin perjuicio de la aplicación del artículo 114 del Reglamento nº 574/72 en el caso de discrepancia entre las instituciones"¹¹⁷.

7.1. Pago de prestaciones a título provisional y anticipos sobre las mismas: artículo 45 del Rgto. 574.

Señala el número 1 del artículo 45 que "cuando la institución instructora compruebe que el solicitante tiene derecho a las prestaciones con arreglo a la legislación aplicada por ella sin necesidad de que se le computen los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de otros Estados miembros, pagará inmediatamente estas prestaciones con carácter provisional".

¹¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de enero de 1994, asunto 287/92, Toosey, Rec. 1994, págs. 279 y ss..

Como ya hemos indicado en reiteradas ocasiones la institución instructora es la que lleva el peso del procedimiento, siendo, además, la que debe abonar provisionalmente, en primer lugar, las prestaciones al solicitante tan pronto como del procedimiento se deduzca que tiene derecho a las mismas sin necesidad de que se totalicen períodos de seguro o de residencia cumplidos en otros Estados. Esto es, la institución instructora, cuando compruebe que el interesado tiene derecho a una prestación aplicando únicamente las reglas previstas en su legislación, se hará cargo del abono provisional de la misma a resultas de la terminación definitiva del procedimiento comunitario de invalidez. El precepto indica que tenga "derecho a las prestaciones con arreglo a la legislación aplicada por ella", a toda su legislación, entendemos, y no sólo a la que haga depender la prestación de los períodos previos de cotización necesarios. Por tanto, debe reunir períodos de cotización, grado de invalidez y cualquier otro requisito exigido por su legislación para tener derecho a la prestación.

Señala el apartado 2 del artículo 45 que "si el solicitante no tuviere derecho a las prestaciones en las condiciones señaladas por el apartado 1 pero, según los datos facilitados a la institución instructora en cumplimiento de los apartados 2 o 3 del artículo 43 del Reglamento de aplicación, tuviere derecho al amparo de la legislación de cualquier otro Estado miembro, en razón

exclusivamente de los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo ésta, la institución que aplique esta legislación pagará las prestaciones con carácter provisional tan pronto como la institución instructora le haya comunicado que le incumbe tal obligación". La previsión del apartado 2, al igual que la contenida en el apartado 3¹¹⁸ de este precepto, es de difícil aplicación en la instrucción de los expedientes de invalidez. En efecto, ya hemos indicado en varias ocasiones que las previsiones contenidas en los artículos 41 a 50 del Reglamento de aplicación se refieren a la tramitación de expedientes de vejez, supervivencia e invalidez por lo que, en ocasiones, son necesarias algunas matizaciones derivadas de la distinta naturaleza de cada prestación.

Desde la perspectiva de las prestaciones de invalidez, sabemos que estas prestaciones no dependen exclusivamente de períodos de cotización sino, fundamentalmente, del estado incapacitante del trabajador que solicite la

¹¹⁸ El apartado 3 del artículo 45 del Rgto. 574 textualmente prescribe:

" 3. Cuando, en el caso previsto en el apartado 2, se tenga derecho a las prestaciones en virtud de las legislaciones de varios Estados miembros en razón exclusivamente de los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo cada una de ellas, el pago de las prestaciones con carácter provisional recaerá en la institución que haya sido la primera en informar a la institución instructora de la existencia de tal derecho; corresponderá a la institución instructora comunicar el hecho a las demás instituciones afectadas."

prestación. Por ello la institución instructora de un procedimiento de invalidez difícilmente podrá "indicar" a otra institución implicada que proceda al abono provisional de la prestación únicamente en función de los períodos de seguro acreditados en su Estado, períodos de seguro que son los únicos datos que, conforme a lo dispuesto en el artículo 42.2 y 3, deben comunicarse en este momento procesal las instituciones, salvo que la institución correspondiente le comunique además las prestaciones, ya de invalidez, a las que el interesado pueda tener derecho de acuerdo con su legislación exclusivamente¹¹⁹.

En cualquier caso, cuando proceda el abono de una prestación de invalidez por aplicación de lo dispuesto en el artículo 45 del Reglamento de aplicación, "la institución obligada a pagar ... informará de ello inmediatamente al solicitante, advirtiéndole expresamente que la medida adoptada tiene carácter provisional y no es recurrible", prevé el artículo 45.4. Es la institución instructora la que determina cuál de las instituciones implicadas es la obligada al abono provisional de las prestaciones, pero es la institución obligada al abono de las prestaciones la que debe informar de ello al interesado. Por tanto, la que podríamos denominar "decisión provisional del abono de las prestaciones" la comunica o notifica la institución correspondiente, independientemente

¹¹⁹ Véase sobre este particular el epígrafe 5.2 de este capítulo, en especial los puntos 5.2.3 y 5.2.4.

de que esa institución, en ese concreto procedimiento, sea institución instructora o no lo sea; por el contrario, la decisión definitiva, como vimos en el epígrafe anterior, la notifica la institución instructora.

Indica el artículo 45.4, citado, que la institución obligada al abono provisional informará de ello al solicitante "advirtiéndole expresamente que la medida adoptada tiene carácter provisional y no es recurrible¹²⁰." El Tribunal de Justicia, interpretando este precepto en el asunto Damiani¹²¹, señaló que "el artículo 45.4 no se opone a que se plantee ante las jurisdicciones nacionales competentes un recurso contra la inejecución o la ejecución tardía por la institución competente de las obligaciones puestas a su cargo por el artículo 45.1 y que, a consecuencia de este recurso, se impongan al demandado intereses judiciales sobre los importes debidos, en aplicación del derecho nacional". Los beneficiarios de prestaciones de seguridad social pueden acudir, por tanto, a sus jurisdicciones nacionales para que estas fiscalicen la actuación de la institución correspondiente en el abono provisional, estrictamente, de las prestaciones, sin que, no obstante, la pretensión que se ejerza pueda versar sobre la determinación definitiva

¹²⁰ El subrayado es nuestro.

¹²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1980, asunto 53/79, Damiani, Rec. 1980, págs. 273 y ss.

de los derechos a prestación del interesado¹²².

Por otro lado, y finalmente, "dos Estados miembros, o las autoridades competentes de los mismos, podrán concertar otras modalidades para proceder al pago de prestaciones a título provisional cuando las instituciones de tales Estados miembros sean las únicas afectadas. Los acuerdos concluidos sobre esta materia serán comunicados a la Comisión administrativa", señala el artículo 45.6 del Reglamento de aplicación.

7.1.1. Anticipos recuperables.

Con la finalidad de cerrar el círculo de medidas

¹²² RODRIGUEZ PIÑERO, M. sintetiza las observaciones realizadas en el procedimiento del asunto Damiani, 53/79, Sentencia del Tribunal de Justicia de 14.2.80, citada, en los siguientes términos: "a juicio de la Comisión, la expresión utilizada en el artículo 45.4, Reglamento 574/72, significa únicamente que la decisión sobre el pago de prestaciones a título provisional no puede dar lugar a una intervención jurisdiccional concerniente a la determinación de la situación definitiva de la interesada respecto a sus derechos a prestación y no prejuzgaría los recursos posibles por una mala aplicación de dicho precepto, debido al rehúse o retraso en la concesión provisional de prestaciones, incluida la posible imposición de intereses. También el Abogado general Reisch estima que el derecho a la concesión provisional de prestaciones es por su propia naturaleza invocable ante los tribunales, correspondiendo su protección a los jueces nacionales, sin perjuicio de las soluciones definitivas sobre el tema que no podrán ser examinadas en ese momento, protección judicial que para garantizar su eficacia puede suponer la imposición de intereses en caso de retraso". "La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en las comunidades europeas", Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1982, pág. 344.

protectoras el artículo 45.5 del Reglamento de aplicación establece que "si no se pudiera pagar al solicitante ninguna prestación con carácter provisional en virtud de lo previsto en los apartados 1, 2 o 3, pero, según los datos recibidos, existe un derecho a las prestaciones con arreglo al apartado 2 del artículo 46 del Reglamento, la institución instructora abonará al interesado un anticipo recuperable de una cuantía adecuada y lo más cercana posible a la que probablemente haya de arrojar la liquidación practicada en aplicación del apartado 2 del artículo 46 del Reglamento". La previsión contenida en el precepto transcrito va a permitir abonar una prestación provisional, o un anticipo recuperable en palabras del Reglamento, en aquellos supuestos en los que no se puedan abonar prestaciones provisionales de acuerdo con lo dispuesto en los primeros números del artículo 45 del Reglamento, supuestos que, como indicamos en el epígrafe anterior, pueden ser relativamente frecuentes en los procedimientos de invalidez, en todo caso, entendemos, por las mismas consideraciones que hicimos en los apartados precedentes, que estos anticipos recuperables, aplicando las reglas que veremos en el siguiente epígrafe, también serán los que se deriven de aplicar las previsiones de la legislación nacional. Esto es, la institución instructora abonará al interesado la prestación prorrata más próxima a la que realmente tenga derecho a percibir, en aplicación de su legislación, en la liquidación final.

7.1.2. Recuperación de las prestaciones abonadas provisionalmente o como anticipos.

Cuando una institución haya abonado a un beneficiario prestaciones a título provisional o con carácter de anticipos reintegrables, podrá solicitarlo y resarcirse de las posibles diferencias. Para ello existe una norma comunitaria que permite o facilita esta posibilidad de reembolso en relación con las prestaciones que puedan adeudar otras instituciones comunitarias dentro de los límites que señala el propio Reglamento.

En efecto, el artículo 111.1 y 2 del Rgto. 574, señala que "la institución de un Estado miembro que, al liquidar o revisar una prestación de invalidez, de vejez o de muerte (pensiones) con arreglo a lo preceptuado en el capítulo 3 del título III del Reglamento, pague a un beneficiario una cantidad superior a la debida, podrá pedir a la institución de cualquier otro Estado miembro que deba prestaciones de igual naturaleza al mismo beneficiario, la retención, sobre los atrasos de los correspondientes abonos periódicos, de la cantidad pagada en exceso. Esta última institución transferirá la suma retenida a la institución acreedora. Si la cantidad pagada en exceso no se pudiese deducir de los atrasos de los abonos periódicos, se aplicará lo

dispuesto en el apartado 2". Por su parte, el apartado 2 indica que "cuando haya pagado a un beneficiario de prestaciones una cantidad superior a la debida, la institución de un Estado miembro podrá, en las condiciones y dentro de los límites fijados por la legislación que aplique, pedir a la institución de cualquier otro Estado miembro que deba prestaciones al mismo beneficiario, la retención, sobre las sumas abonables a éste, de la cantidad pagada en exceso. Esta última institución practicará la retención en las condiciones y dentro de los límites fijados para tales compensaciones en la legislación que aplique, como si se tratase de una cantidad pagada en exceso por ella misma, y transferirá la cantidad retenida a la institución acreedora."

"El artículo 111 del Reglamento nº 574/72 permite a la institución que haya pagado prestaciones a título provisional que solicite a la institución de cualquier otro Estado Miembro, deudora de prestaciones a un beneficiario, que retenga sobre los atrasos de los correspondiente abonos periódicos la cantidad pagada en exceso. La cantidad así retenida se transferirá a la institución acreedora"¹²³

El Tribunal de Justicia, en el asunto Fanara¹²⁴,

¹²³ ~~RAEPENBUSCH, S.V. "La seguridad social de los trabajadores migrantes en el derecho europeo", opus cit., pág. 570.~~

¹²⁴ Asunto 111/80, Fanara, (Recopilación 1981, pag. 1281).

entendió que esta disposición regula de forma exhaustiva la cuestión del reembolso de las cantidades pagadas en exceso en cuanto concierne a las prestaciones de Seguridad Social debidas a un trabajador al que se han pagado prestaciones a título provisional en base a lo dispuesto en el artículo 45. párrafo 1, del Reglamento 574/72", indicando también que tal disposición "no deja a los Estados Miembros ninguna posibilidad de legislar en esta materia, ..."¹²⁵.

7.2.- Abono provisional de prestaciones en caso de discrepancia sobre la legislación aplicable o sobre la institución llamada a abonarlas: artículo 114 del Rgto. 574.



Con una intención diferente a la examinada en los supuestos hasta ahora analizados, el artículo 114 del Rgto. 574 prevé que "cuando haya discrepancia entre las

¹²⁵ Continúa señalando el Tribunal para el caso concreto " ... ni de prever especialmente que, cuando los atrasos recibidos de un organismo extranjero, convertidos en moneda nacional, sean superiores al importe de los anticipos o de las indemnizaciones pagadas a título provisional, no se pague la diferencia cuando esta se deba, bien a los distintos tipos de cambio respectivamente aplicados para calcular el importe de las sumas debidas por el organismo extranjero y para convertir el valor expresado en moneda extranjera, o bien se deban a la adaptación coyuntural de las indemnizaciones. Una disposición que pretendiera que no se abonara esta diferencia sería incompatible con el Reglamento 574/72".

instituciones o las autoridades competentes de dos o varios Estados miembros, ya sea sobre la legislación que corresponde aplicar en virtud del título II del Reglamento ya sobre la determinación de la institución llamada a abonar las prestaciones, el interesado que pudiera solicitar las prestaciones si no hubiese discrepancia, disfrutará a título provisional de las prestaciones previstas por la legislación que aplique la institución del lugar de residencia, o, si el interesado no reside en el territorio de uno de los Estados miembros afectados, de las prestaciones previstas por la legislación que aplique la institución afectada que haya sido la primera en recibir la solicitud".

Los anticipos que regula el artículo 114 no son anticipos otorgados en la fase final del procedimiento comunitario de invalidez sino que son más propios de la fase inicial o de la fase de instrucción. Es en esas fases cuando, con más frecuencia, pueden surgir discrepancias sobre la legislación que corresponde aplicar, en un caso concreto, de acuerdo con las especificaciones del título II del Rgto. 1408, artículos 13 a 17 bis, preceptos que contienen unas complejas previsiones¹²⁶ que han dado pie

¹²⁶ Para darse una idea de las reglas contenidas en estos preceptos, y de su complejidad, estos son los encabezamientos de los diferentes artículos del título II del Rgto. 1408: artículo 13: 'normas generales generales'; artículo 14: 'normas particulares aplicables a las personas distintas de los trabajadores del mar, que ejerzan una actividad por cuenta ajena'; artículo 14 bis: 'normas particulares aplicables a las personas distintas de los trabajadores del mar, que ejerzan una actividad por cuenta

a abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia y a numerosos estudios doctrinales¹²⁷.

El interesado tendrá derecho al abono de las prestaciones a título provisional tanto cuando la institución o instituciones ante las que haya presentado su solicitud duden de la legislación que corresponde aplicar al supuesto concreto de acuerdo con las previsiones reglamentarias, como cuando entre las instituciones afectadas debatan cuál es la competente para el abono de las prestaciones¹²⁸.

propia'; artículo 14 ter: 'normas particulares aplicables a los trabajadores del mar'; artículo 14 quater: 'normas particulares aplicables a las personas que ejerzan simultáneamente una actividad por cuenta ajena y una actividad por cuenta propia en el territorio de diferentes Estados miembros'; artículo 14 quinquies: 'disposiciones diversas'; artículo 15: 'normas referentes al seguro voluntario o al seguro facultativo continuado'; artículo 16: 'normas particulares referentes al personal de servicio de las misiones diplomáticas y de las oficinas consulares, así como a los agentes auxiliares de las Comunidades Europeas'; artículo 17: 'excepciones a las disposiciones de los artículos 13 al 16'; artículo 17 bis: 'normas particulares relativas a los titulares de pensiones o de rentas debidas en virtud de la legislación de uno o varios Estados miembros'.

¹²⁷ Véanse, a título ejemplificativo, RAEPENBUSCH, S.V., "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo", Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1992, págs. 305 a 343, y la bibliografía que cita, y SEMPERE NAVARRO, A. y RIOS SALMERON, B. "Ámbito aplicativo de los Reglamentos", Consejo General del Poder Judicial- cuadernos, nº XII, Madrid 1994, págs. 55 a 90, y la bibliografía que citan.

¹²⁸ "... en caso de discrepancia entre las instituciones", sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de enero de 1994, asunto 287/92, Toosey, Rec. 1994, págs. 279 y ss..

Las prestaciones provisionales las abonará, entendemos, no obstante la confusa redacción del precepto, en primer lugar, la institución del lugar de residencia si a ella también estuvo vinculado el solicitante para generar la prestación que solicita, y en segundo lugar, y si la institución del lugar de residencia no está afectada por la solicitud, las abonará "la institución afectada que haya sido la primera en recibir la solicitud". Tanto en uno como en otro supuesto las prestaciones provisionales se abonarán de acuerdo con las previsiones de la legislación que aplique la institución que lleva acabo el abono provisional.

También a estos anticipos provisionales les son aplicables las normas de recuperación estudiadas en el epígrafe anterior. Así mismo, como vimos en el supuesto de los anticipos del artículo 45 del Rgto. 574, la concesión de estos anticipos es controlable por las jurisdicciones nacionales, sin prejuzgar el fondo del asunto.

CONCLUSIONES

Las conclusiones que reseñaremos a continuación -siguiendo con ello las reglas que rigen tradicionalmente en este tipo de trabajos- son las que se refieren a las cuestiones más sobresalientes que han sido objeto de nuestro estudio.

Para desarrollar adecuadamente los asuntos aludidos, han sido diversos los análisis puntuales que nos han ocupado en las páginas anteriores y, en un porcentaje elevado de ellos, han quedado completados con las conclusiones o reflexiones que su estudio nos proporcionaba, ahora bien, no hemos considerado oportuno trasladar todas ellas a este epígrafe para no acabar creando un conjunto inextricable. Nos sirven estos renglones, no obstante, para dejar constancia de que un buen número de "pequeñas conclusiones", asentadas entre las páginas precedentes, no tienen reflejo en las que siguen, situación que no desmerece, en absoluto, su trascendencia, por cuanto suelen ser esas "pequeñas" consideraciones las que constituyen la argamasa que sirve de unión a las grandes piezas de toda construcción.

También tendríamos que señalar -con la brevedad que

requieren estas líneas- que las afirmaciones que se realizan en cada uno de los puntos que siguen tienen una vida propia relativa, esto es, necesitan para su sustento de las argumentaciones entre las que nacieron, razón por la cual será preciso acudir al texto para encontrarles su pleno sentido y justificación.

PRIMERA.

Las prestaciones de invalidez -prestaciones básicas en cualquier sistema de Seguridad Social- forman parte del denominado ámbito material de los Reglamentos comunitarios 1408/71 y 574/72, normas que estructuran la coordinación de los sistemas de Seguridad Social de los distintos Estados de la Unión Europea. Son, por tanto, una de las prestaciones de Seguridad Social coordinadas por los Reglamentos.

Como dijimos en su momento, tal afirmación carece de novedad científica pero no de importancia; desde un enfoque epistemológico, sirve para asentar todo el entramado analítico que hemos construido por cuanto no todas las prestaciones de Seguridad Social están incluidas en el ámbito de aplicación de los Reglamentos comunitarios. Pero,

al tiempo, la inclusión de la invalidez dentro del ámbito de aplicación material de los Reglamentos, nos permite afirmar que las normas comunitarias han optado claramente por la coordinación de las prestaciones más sobresalientes del denominado ideal de cobertura de nuestras sociedades actuales, alineándose, desde esta perspectiva, con las normas internacionales más avanzadas, entre las que ocupa un papel destacado -desde un punto de vista material- el Convenio 102 de la OIT, Convenio que, de algún modo, y por lo que aquí nos interesa, fija el ideal de cobertura a alcanzar por los instrumentos internacionales de Seguridad Social.

SEGUNDA.

No obstante ser una de las prestaciones coordinadas, los Reglamentos no contienen un concepto de lo que pueda entenderse por invalidez a sus efectos. Es cierto que la carencia de concepto es compartida por las demás contingencias tomadas en consideración en la coordinación comunitaria, sin embargo, la ausencia del mismo en las prestaciones de invalidez supone un escollo más a la hora de enfrentarse, desde un planteamiento lógico-deductivo, al estudio y análisis de la coordinación de estas

prestaciones.

En efecto, la disparidad entre las distintas concepciones nacionales de la invalidez es más elevada que la que puede producirse en otras prestaciones como, por ejemplo, las de vejez o las de desempleo, donde los distintos conceptos nacionales son más próximos entre sí, aunque, en la práctica, los requisitos para tener derecho a ellas pueden ser muy distantes en cada Estado.

Referirse a la invalidez sin deslindarla, como hacen los Reglamentos, solo supone identificar un extenso campo en el que coexisten situaciones muy diferentes - generalmente de minusvalías físicas o psíquicas- que suelen tener en común una merma en la capacidad de trabajo y una consiguiente disminución en la capacidad de obtener ganancias o ingresos. Fuera de esta -incluso arriesgada- identificación globalizadora, la delimitación e identificación de las distintas situaciones particulares que comprende la denominación genérica de la invalidez es tan variada, en cada una de las legislaciones de los Estados de la Unión, que hace prácticamente imposible una mínima correlación de las situaciones protegidas.

La diversa valoración jurídica de las lesiones invalidantes, unida a las repercusiones que en tal valoración van a tener -de acuerdo con cada legislación- factores tales como la edad, la formación, la situación

socio-económica del mercado de trabajo o las rentas de capital del beneficiario, entre otros, convierten a la protección de la invalidez -en los distintos Estados- en una tupida y enrevesada selva de situaciones amparadas de complicada identificación y prácticamente imposible correlación, circunstancias que bien hubieran podido servir para, al menos, haber establecido unas mínimas pautas identificativas del riesgo a coordinar.

TERCERA.

La coordinación en esta materia se articula sobre la distinción establecida entre dos tipos de legislaciones o prestaciones de invalidez -la tipo A y la tipo B-. Desde el punto de vista de la institución competente para el abono de la prestación, la nota esencial de la invalidez tipo A es que la misma estará a cargo de un único Estado.

Para lo que ahora nos interesa, debemos señalar que las reglas de la invalidez tipo A se van a aplicar, normalmente, cuando el trabajador ha estado sometido durante su vida laboral exclusivamente a legislaciones tipo A. En estos casos, reiteramos, la prestación la abonará una única institución que será aquella a cuya legislación

estaba sometido o vinculado el causante en el momento de sobrevenirle la incapacidad.

Ahora bien, si en este último Estado el interesado no tiene derecho a prestaciones, el trabajador podrá optar por aquellas a las que pudiera tener derecho en otra institución a cuya legislación haya esta vinculado con anterioridad, posibilidad que hemos denominado retrocesión normativa en busca de institución competente.

Pues bien, el interesado podrá llevar a cabo la mencionada opción sin que sea obligatorio -en contra de lo que ha entendido tanto gran parte de la doctrina como la Comisión Administrativa- que conceda la prestación, en estos casos, la institución a cuya legislación estuvo vinculado el trabajador inmediatamente antes de la última en la que no se le reconoció la prestación de invalidez solicitada. El artículo 38 del Rgto. 1408 tajantemente prescribe que el interesado "podrá optar" por aquellas prestaciones a las que aún tenga derecho en virtud de la legislación de otro Estado miembro, sin que, con una formulación tan clara, quepa hacer ninguna interpretación que pueda resultar restrictiva de los derechos del trabajador migrante.

CUARTA.

La institución competente, para la concesión de las

prestaciones de invalidez, puede venir determinada, también, por haber percibido el trabajador prestaciones de desempleo en un Estado como Estado de residencia -en virtud de la aplicación de las reglas de coordinación de las prestaciones de desempleo-. Esta institución, para el cálculo de las prestaciones de invalidez, estará obligada a tomar en cuenta los salarios percibidos en el Estado de empleo.

En estos supuestos, entendemos, será aplicable la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia para el cálculo de las prestaciones de desempleo en situaciones similares. Por ello, cuando el Estado de residencia deba hacer suyos los salarios percibidos en el Estado de empleo, para el cálculo de sus prestaciones, podrá aplicarles su propia legislación sobre límites máximos de cotización, mecanismo que permitirá ajustar a sus reglas de liquidación las remuneraciones percibidas por el trabajador en otros Estados.

QUINTA.

La posible atribución de competencia por retrocesión, establecida para la invalidez tipo A, puede traer consigo -cuando la exigencia de los requisitos para la concesión de la prestación en el Estado a cuya legislación estaba

vinculado el trabajador en el momento de sobrevenirle la invalidez sea muy estricta- que se acabe haciendo cargo de las prestaciones la institución del Estado cuyos requisitos para la concesión de la prestación sean exigidos con criterios menos rigurosos.

Esta posibilidad puede inducir a que unos Estados puedan descargarse de sus obligaciones en perjuicio de otros, elevando, con este fin, las exigencias para el reconocimiento de las prestaciones. Así mismo, tal circunstancia puede llevar al trabajador a situaciones de desprotección ya que las instituciones implicadas suelen resolver, en estos supuestos, con un cierto mimetismo, esto es, si no se le concedió la prestación en un Estado generalmente tampoco se le va a reconocer en otro por las mismas lesiones.

SEXTA.

Los Reglamentos justifican la diferente coordinación establecida para las prestaciones de invalidez en la existencia ineludible, dentro de los distintos sistemas de Seguridad Social de la Unión Europea, de dos grandes grupos de prestaciones: uno, que hace depender su cuantía de los períodos previos de aseguramiento; y, otro, en el que las prestaciones son independientes de los períodos previos de

seguro completados por el interesado.

Sin embargo, entendemos, tal configuración de la coordinación sólo es una opción reglamentaria sustentada en un aspecto puntual, cual es, el distinto funcionamiento de las reglas de liquidación nacionales, circunstancia que, incluso a veces, no supone que las distintas legislaciones que la comparten sean equiparables, conceptualmente hablando -(legislaciones tipo A, como la danesa o la española, que se alinearían con las que parten de un concepto de invalidez profesional, están incluidas entre las legislaciones tipo A junto con legislaciones como la de Países Bajos cuya concepción de la invalidez está más próxima a la de una incapacidad general de ganancias)- con lo que bien hubiera podido eludirse este aspecto para sustentar la coordinación en otros diferentes.

Prueba, además, de que la configuración establecida en los Reglamentos no es más que una opción -y no generalmente admitida-es la de que la mayoría de los instrumentos internacionales de Seguridad Social no se apoyan en ella sino que distinguen, para diferenciar su articulación, entre prestaciones de invalidez contributivas y no contributivas.

Por último, también habría que indicar que tampoco las distintas reglas de cálculo de las prestaciones justifican, en todos los casos, la necesaria existencia de distintas

reglas de coordinación, en tanto en cuanto cuando las legislaciones tipo A entran en contacto con las legislaciones tipo B las primeras ceden su régimen para pasar a coordinarse por las previsiones aplicables a las segundas, admisión que hubiera servido para establecer unas únicas reglas de coordinación.

SEPTIMA.

Se aplicarán las reglas de coordinación de las invalideces tipo B cuando el solicitante haya estado vinculado a legislaciones tipo B, exclusivamente, o a legislaciones tipo A y tipo B. Sin embargo, en estos últimos casos, como excepción, entrarán en juego las reglas de las invalideces tipo A -esquemáticamente expuesto- cuando el interesado tenga derecho a una prestación en un Estado tipo A, no sea preciso totalizar con Estados tipo B, no tenga derecho a prestaciones en Estados tipo B y no haga valer derechos sobre prestaciones de vejez aplazadas en otros Estados.

Esta última es la interpretación que consideramos acertada de la previsión contenida en el artículo 40.2 del Rgto. 1408 que señala que, el interesado, "no haga valer

eventuales derechos a prestaciones de vejez, habida cuenta de la segunda frase del apartado 2 de artículo 44", segunda frase de este precepto que establece que, la liquidación concomitante -en estos casos- de las prestaciones en todos los Estados, "dejará de aplicarse ... si el interesado solicita expresamente que se aplaze la liquidación de las prestaciones de vejez que pudieran corresponderle con arreglo a la legislación de uno o de varios Estados miembros", cuya interpretación abre una doble alternativa. En cualquier caso, entendemos, se aplicará la excepción cuando al solicitar la prestación de invalidez se solicite el aplazamiento de derechos a prestaciones de vejez en otros Estados y dejará de tener eficacia, no obstante, cuando se hagan valer los derechos aplazados.

OCTAVA.

Desde un punto de vista doctrinal, un importante sector de ésta ha señalado que la distinción entre prestaciones de invalidez tipo A y tipo B responde a los diferentes conceptos de invalidez existentes en los Estados de la Unión. Sostener, entendemos, que la diversidad de reglas de coordinación de la invalidez se apoya en una diversidad conceptual supone exponer a su ruptura, conceptualmente hablando, al pretendido fundamento.

En efecto, asentar las diferentes reglas de coordinación en la existencia de distintos conceptos de invalidez supondría que las legislaciones cuyos conceptos se ajustan a las previsiones de invalidez tipo A no podrían coordinarse a través de las reglas de la invalidez tipo B, a menos que violentaran su núcleo conceptual. No obstante, las previsiones reglamentarias admiten la aplicación de las reglas de coordinación de la invalidez tipo B a las legislaciones tipo A cuando el trabajador ha estado vinculado a ambas. Esto es, sin renunciar a la concepción nacional de la invalidez, las legislaciones tipo A se van a coordinar de manera diferente dependiendo del tipo de legislaciones implicadas en cada caso.

Las reglas de coordinación comunitarias evidencian, por tanto, en contra de lo que se ha mantenido, que la existencia de distintas concepciones de invalidez no justifican la distinta coordinación, asentada -con los déficits apuntados- en distintos mecanismos de liquidación.

NOVENA.

La regla contenida en el artículo 40.3, del Rgto. 1408, no vino a cubrir ninguna laguna legal ni se aplica cuando entran en juego las reglas de coordinación de las invalideces tipo A, exclusivamente, como señaló la Comisión

y algún sector de la doctrina.

Por el contrario, sin venir a colmar ninguna laguna -en todo caso, a clarificar la fijación de las fechas de los que podríamos denominar hechos causantes- la regla se aplica en los supuestos en los que entren en relación reglas de invalidez tipo A y reglas tipo B y en los que las primeras exijan, para la concesión de sus prestaciones de invalidez, que el interesado haya percibido prestaciones de enfermedad, durante un cierto tiempo, con anterioridad a la concesión de las prestaciones de invalidez solicitadas.

DECIMA.

La existencia de reglas de coordinación tipo A y tipo B y la consiguiente concesión de una única prestación por un único Estado o de varias prestaciones por los diferentes Estados a los que estuvo vinculado el trabajador, dependiendo de que las reglas aplicadas hayan sido tipo A o tipo B, unidas a las importantes diferencias existentes entre los distintos sistemas de Seguridad Social europeos, puede servir de traba a la movilidad de los trabajadores.

En efecto -centrados ahora en la concesión de prestaciones de invalidez tipo A- un trabajador que durante la mayor parte de su vida laboral ha prestado sus servicios en un país tipo A que concede prestaciones más elevadas que otro Estado tipo A al que pueda trasladarse, se resistirá a desplazarse a este último por miedo a obtener prestaciones inferiores en él si deviene en una situación invalidante. Esta limitación que no existe en la coordinación de las prestaciones de invalidez tipo B, de acuerdo con las cuales el trabajador podrá obtener prestaciones, -a prorrata o completas-, de todos los Estados a cuyas legislaciones estuvo vinculado.

UNDECIMA.

Desde un punto de vista práctico -e incluso desde una perspectiva teórica- resulta difícil de justificar que la eventualidad de devenir inválido en uno u otro Estado tipo A, aún con una carrera de seguro similar, pueda incidir de manera significativa en el montante y calidad de las prestaciones que se puedan obtener. Dificultad que aparece, igualmente, cuando la circunstancia de haber emigrado a unos Estados u a otros implica, a la postre, la posibilidad de obtener una, dos o más prestaciones -prorratadas todas,

prorrrateadas una y completas o autónomas otras o todas ellas completas o autónomas-.

DUODECIMA.

Sin menoscabar la importancia de las conclusiones que anteceden -ni de las que seguirán a esta- debemos significar que el déficit más importante de la actual coordinación comunitaria en materia de invalidez lo constituye la falta de reconocimiento o eficacia transnacional de las resoluciones dictadas por un Estado sobre el reconocimiento de un grado de invalidez. Dicho de otra manera, la falta de reconocimiento de las resoluciones dictadas por un Estado por parte de los demás Estados implicados, en un caso concreto, es la rémora más importante de las que arrastra la coordinación comunitaria en materia de invalidez. En su traducción práctica supone que, al trabajador migrante al que se le ha otorgado una prestación de invalidez en un Estado, es posible que, con las mismas lesiones, se le conceda un grado diferente en los demás Estados implicados o, incluso, que no se le reconozca ningún grado de invalidez pensionable.

Para tratar de salvar este escollo los Reglamentos optaron por una vía que, a la postre, se ha demostrado inútil. En efecto, el artículo 40.4 del Rgto. 1408 (precepto que solo se aplica para las pensiones de invalidez tipo B y no en las tipo A, por lo que la remisión del artículo 40 del Rgto. 574 es inadecuada) abrió la posibilidad de que fueran los distintos Estados los que consiguieran, mediante acuerdos bilaterales, la coordinación de sus diferentes grados de invalidez. El escaso número de países que han participado en esta "coordinación voluntaria", unido al bajo grado de correlación alcanzado por los que han participado, ha hecho que la iniciativa haya quedado, por ahora, prácticamente en letra muerta.

DECIMOTERCERA.

El trasfondo de desconfianza existente entre las instituciones llamadas a aplicar los Reglamentos constituye, tal vez, una de los obstáculos -no solo normativos sino incluso de actitudes- que, en buena medida, imposibilitan o dificultan que la coordinación comunitaria alcance mayores grados de perfección. Una más estrecha colaboración entre instituciones a todos los niveles, y no

solo en los más elevados, así como el establecimiento de fases procedimentales con un contenido común, posiblemente supervisadas directamente por organismos comunitarios, podrían contribuir a superar los recelos existentes entre las instituciones llamadas a aplicar los Reglamentos.

Uno de los aspectos en los que se descubre con mayor claridad la profunda desconfianza que se profesan las instituciones de los distintos Estados es en los reconocimientos médicos necesarios para la concesión de la invalidez cuando el interesado reside en un Estado diferente del Estado competente. En ellos, aún habiendo sido inspeccionado médicamente el solicitante por la institución del Estado de residencia puede la institución competente volver a examinar al trabajador -bien a través de un médico de su elección en el lugar de residencia de aquél o bien mediante sus propios servicios médicos- lo que pone de manifiesto las reservas que se profesan las distintas instituciones acerca de los datos aportados por las demás, básicamente, cuando esos datos pueden determinar la concesión de una prestación.

La evidencia de la existencia de una "sospecha permanente" en las relaciones interinstitucionales se agudiza, aún más, si tenemos en cuenta que, además de existir un formulario médico pactado entre todas las instituciones, en el que todos los Estados han introducido los apartados que, de acuerdo con su legislación, son

necesarios para una correcta valoración de las lesiones, además de este formulario, decimos, la institución competente puede dirigirse a la de residencia solicitándole que, en concreto, se practiquen al interesado las pruebas o exámenes que estime pertinentes.

DECIMOCUARTA.

Los Reglamentos son pocos en la regulación sobre el cambio de la calificación de la invalidez con posterioridad a su declaración inicial. No contienen, por ejemplo, ninguna regla específica aplicable en los supuestos de modificación del grado de invalidez como consecuencia de la mejoría del beneficiario. Respecto de la agravación de las situaciones inicialmente reconocidas, las previsiones se limitan a determinar el modo de calcular la nueva prestación que pueda corresponder al interesado como consecuencia de la nueva situación invalidante.

Dejando al margen la falta de normas sobre la mejoría, con la merma que ello supone, desde la perspectiva de la agravación deja sin regular importantes campos en los que pueden surgir dudas interpretativas de difícil solución. Uno de los aspectos claves, huérfano de normativa, es el

de cuál debe ser la institución competente para el reconocimiento de la agravación, sobre todo cuando el trabajador ha estado sometido a varias legislaciones después de la concesión inicial de su pensión de invalidez en virtud de una sola legislación. Estas importantes lagunas obligan a acudir a criterios interpretativos extraídos del juego de las reglas generales que articulan la coordinación comunitaria y que, en ocasiones, difícilmente llenan los vacíos normativos, razón por la que sería conveniente una regulación completa de la materia.

DECIMOQUINTA.

Pudiendo resultar necesario la aplicación de reglas de totalización tanto en las prestaciones de invalidez tipo A como en las tipo B, establece el Reglamento reglas específicas para uno y para otro supuesto.

En la que podríamos denominar cláusula genérica de totalización, casi idéntica en las prestaciones de invalidez tipo A como en las tipo B, se incluye la matización de que tal totalización se llevará a cabo "en la medida necesaria". Esta precisión, que tiene una trascendencia práctica indudable -como hemos analizado en

el texto- supone, en las reglas aplicables a las prestaciones de invalidez tipo B, que no podrán totalizarse períodos de seguro más allá de los establecidos como límite máximo, por la legislación que totaliza, para la concesión de prestaciones en su cuantía más elevada. Sin embargo, la inclusión de la misma entre las reglas de totalización aplicables a las invalideces tipo A no tiene un sentido claro, por no decir que no tiene sentido.

En efecto, desde la perspectiva de las prestaciones de invalidez tipo A, la regla podría suponer que solo se totalizará cuando tal adición sea necesaria para completar el período de carencia específica exigido por la legislación que totaliza, con lo que cabría entender que no debería totalizarse cuando el interesado reuniera, en el Estado competente, los períodos necesarios para completar ese período de carencia. Si ello fuera así, podríamos considerar que cuando no fuera preciso acudir a esa totalización tampoco sería necesario aplicar las reglas de coordinación establecidas en los Reglamentos -si se cumplen a su amparo los demás requisitos exigidos en esa legislación- y, como consecuencia, el trabajador podría obtener distintas prestaciones de invalidez otorgadas por diferentes Estados tipo A cuando en todos ellos, considerados individualmente, reuniera los requisitos para ello. De este modo se salvaría una de las críticas que se hace a las reglas de coordinación tipo A, cual es la de que de su aplicación, en contra de lo previsto en las reglas

de coordinación de las invalideces tipo B, solo se deriva la obtención de una única prestación.

Sin embargo, las previsiones comunitarias no avalan esta interpretación, aunque tampoco aclaran cuál debe ser el juego de esa totalización "en la medida necesaria" en estos casos. O lo que es lo mismo, o la precisión supone una incongruencia entre las reglas de totalización y las reglas de fijación de la institución competente para el abono de las prestaciones o es uno más de esos términos que, tal vez por mimetismo, se deslizan indebidamente en diferentes preceptos reglamentarios de contenido similar, descuidados, no obstante, que contribuyen a oscurecer su entendimiento. En todo caso, y teniendo en cuenta la importancia del "matiz", debería afrontarse o su corrección o el atribuirle el valor y significación que tiene.

DECIMOSEXTA.

Generalmente se ha señalado, como una de las características de las invalideces tipo A, la exigencia de que el causante de la prestación esté vinculado a su legislación en el momento del hecho causante de la prestación. Siendo una de las características de estas

prestaciones, sin embargo, entre las concretas cláusulas que rigen las prestaciones tipo A no se contiene ninguna regla que se refiere a los supuestos de asimilación al alta -en nuestra terminología- cuando tal requisito sea preciso para el otorgamiento de la prestación.

Por el contrario, sí se establece una norma de asimilación al alta entre las reglas que estructuran la coordinación de las prestaciones de invalidez tipo B. Respecto de ella hay que señalar, primero, que no cabe aplicarla, como ha entendido algún sector doctrinal, cuando únicamente entren en juego las reglas de coordinación de las invalideces tipo A, segundo, que, no obstante, se aplicará a las prestaciones de invalidez tipo A pero sólo cuando estas se vayan a coordinar a través de las reglas aplicables a las prestaciones de invalidez tipo B, supuesto típico en el que las prestaciones tipo A requerirán esa asimilación al alta para la concesión de sus prestaciones, y, tercero, a pesar de que la doctrina no suele hacer diferencias, en la situación de asimilación al alta a la que nos estamos refiriendo -prevista y regulada en el artículo 45.5 del Rgto. 1408- cabe diferenciar dos supuestos de asimilación, uno, cuando el trabajador está afiliado a la legislación de otro Estado miembro y, otro, cuando se deriven prestaciones de otra legislación por el mismo hecho causante.

DECIMOSEPTIMA.

En torno a la coordinación establecida en los Reglamentos se han planteado en nuestra jurisprudencia, con cierta reiteración, dos grandes cuestiones. Por un lado, cuando la prestación debida sea a prorrata, si existe obligación, para nuestras Entidades Gestoras, de adelantar la parte proporcional que hipotéticamente corresponda a las instituciones foráneas. Y, por otro lado, cómo determinar la base reguladora de las prestaciones cuando durante el período que deba tomarse para su cálculo aparezcan meses o años sin cotizaciones en nuestro Estado pero en los que el interesado trabajó y cotizó en otro u otros Estados de la Unión.

Respecto de la primera, y partiendo de un correcto entendimiento de los mecanismos de liquidación establecidos para llegar a la determinación de las prestaciones a prorrata, la única respuesta correcta es la que entiende que las Entidades españolas únicamente deben responder de la parte proporcional de la prestación que les corresponde, sin tener que, por tanto, adelantar la prestación a prorrata que, hipotéticamente, compete a las instituciones foráneas. La jurisprudencia más reciente, corrigiendo posiciones anteriores, parece que se inclina, acertadamente, por esta solución.

La segunda cuestión, tal vez con un alcance teórico menor, tiene, sin embargo, una mayor trascendencia práctica. Habiendo expuesto en su momento de donde nace y cuál es el problema que se plantea sobre el cálculo de la base reguladora de las prestaciones en estos supuestos, solo cabría reseñar, en conclusiones, que, a nuestro juicio, ni los Reglamentos obligan -ni parece que vayan a tener esa intención, al menos a corto plazo- a tomar en consideración los salarios percibidos en el extranjero para el cálculo de nuestras prestaciones (al margen de que tal exigencia financieramente acabaría siendo insostenible), ni nuestra legislación, ni la comunitaria, establecen reglas de actualización de cotizaciones o prestaciones diferentes para los trabajadores migrantes y para los no migrantes. Dicho esto, entendemos, que la solución que pugna por integrar las lagunas existentes, en estos casos, aplicando las soluciones previstas en nuestro ordenamiento o las precisiones contenidas hoy en el Anexo VI del Rgto. 1408 es plenamente compatible con los principios sostenidos en los Tratados.

DECIMOCTAVA.

Hemos dejado constancia en el texto de la importancia

que, a nuestro juicio, tiene la coordinación de los diferentes procedimientos estatales que sirven de cauce para el reconocimiento y concesión de las prestaciones. Exponer, hemos dicho, la articulación normativa de la Unión en esta materia sin hablar de la coordinación administrativa es como intentar definir el mar sin hacer referencia al agua.

Prácticamente todas los instrumentos internacionales en materia de Seguridad Social llevan unido el correspondiente acuerdo administrativo para su puesta en práctica. Siguiendo esta tradición, el Reglamento nº 3 llevó unido el nº 4 y, ahora, el Reglamento nº 1408 es inseparable del nº 574. Sin embargo, como dijimos, a pesar de su interés y significación, los Reglamentos de aplicación han sido y son los eternos olvidados. Ni los "legisladores" comunitarios, ni la doctrina, ni la jurisprudencia les han prestado suficiente atención.

La atención debería centrarse, en este caso, básicamente, en dos aspectos. Por un lado, en mejorar la técnica legislativa empleada en el Reglamento 574. La estructuración en títulos, capítulos, secciones y subsecciones, si fuera necesario, es insuficiente, deficiente y, en muchas ocasiones, confusa (ejemplo paradigmático son los artículos 35 y 36 o los artículos 42.2 y 43.1 todos del Rgto. 574), básicamente, como hemos resaltado, en lo que atañe a las normas de coordinación de

las prestaciones de invalidez en general y, en particular, a las de las prestaciones de invalidez tipo A. Por otro lado, debería centrarse en establecer los mecanismos necesarios que fueran capaces de dar plena satisfacción a los intereses de los beneficiarios, sobre todo, mediante la implantación de una gestión administrativa transparente que permitiera informar a los trabajadores de la situación de sus expedientes, en cada uno de los Estados implicados en un caso concreto, así como de los derechos que les asisten en cada momento.

DECIMONOVENA.

No obstante los intentos de agilizar los procedimientos a través de la introducción de mecanismos telemáticos e informáticos de transmisión de información entre instituciones, lo cierto es que los logros conseguidos son, a todas luces, absolutamente insuficientes. La resolución de los expedientes se prolonga en el tiempo más de lo que sería deseable, con los consiguientes problemas tanto para los beneficiarios como para las instituciones implicadas.

Uno de los mayores inconvenientes es el sistema de formularios que se utilizan en las fases de contacto entre

las distintas instituciones. En estos documentos se quiere que existan apartados en los que poder dejar constancia de todos los datos específicos exigidos por cualquier legislación de los diferentes Estados de la Unión. Para satisfacer plenamente este deseo, los documentos se van engrosando, progresivamente, para dar satisfacción a las exigencia derivadas de la adhesión de nuevos Estados y de las modificaciones introducidas por los Estados miembros en sus legislaciones (el formulario E 204, por ejemplo, con el que se envía la solicitud de las prestaciones, consta de 14 páginas, cincuenta notas aclaratorias y cinco anexos). Estas circunstancias conllevan a que estos documentos -a veces desarrollados en múltiples páginas- requieran, para rellenarlos, unos elevados conocimientos técnicos y una cierta habitualidad en su manejo, lo que contribuye, de manera fundamental, a ralentizar el procedimiento, pues su elaboración exige un proceso minucioso que, en no pocas ocasiones, conduce a errores o despistes que prolongan los tiempos de resolución.

Un sistema que contribuiría a facilitar el procedimiento es el establecimiento de sencillos formularios de enlace para poder determinar, en un primer paso, cuáles son las instituciones que van a estar implicadas en un asunto concreto. Conocidas esas instituciones, podrían utilizarse formularios de comunicación bilateral o multilateral, dependiendo del número concreto de instituciones que fueran a entrar en

juego, o, sencillamente, cada institución implicada solicitaría a las otras los datos necesarios para poder tramitar sus solicitudes de acuerdo con los requisitos exigidos por su legislación en cada caso. La simplificación de la fase de contacto, por tanto, contribuiría a una fase de instrucción de los expedientes más ágil y, en definitiva, a una resolución más rápida de las prestaciones solicitadas.

VIGESIMA.

El Reglamento permite la presentación de las solicitudes de prestaciones, básicamente, ante el Estado o Estados a cuyas legislaciones estuvo sometido el interesado, ante el Estado de residencia y ante el Estado de estancia. En el supuesto de las prestaciones de invalidez tipo B, cuando el interesado presente la solicitud ante cualquiera de los indicados -siempre que hubiera estado sometido a su legislación en los dos últimos supuestos- la institución receptora se convertirá en institución instructora del que hemos denominado expediente comunitario.

En el supuesto de las prestaciones de invalidez tipo

A, cuando la institución receptora de la solicitud, no sea la competente, el Reglamento, sin más, obliga a su remisión ésta. No obstante, no es posible dar cumplimiento a este mandato sin cumplimentar, al menos, una breve fase de información, previa a su remisión, con el fin de poder determinar si son aplicables las reglas de coordinación de las invalideces tipo A o las de las invalideces tipo B, pues dependiendo de que entren en juego unas u otras será aplicable un procedimiento de coordinación u otro. Pues bien, a pesar de la importancia de esta fase previa, no contiene el Rgto. 574 ni siquiera mención a ella, lo que, como es obvio, dificulta determinar su contenido, máxime conociendo su trascendencia y su carácter imprescindible.

VIGESIMOPRIMERA.

En el supuesto de las prestaciones de invalidez tipo A, cuando el interesado no reside en el Estado competente, y presenta su petición en el estado de residencia o estancia, no establece el Reglamento, como hubiera sido deseable, los requisitos que ha de reunir la solicitud en estos casos, laguna que, estimamos, ha de completarse entendiendo aplicables los requisitos exigidos para las solicitudes por la legislación del Estado ante el que se

presenta.

VIGESIMOSEGUNDA.

No es requisito de la solicitud de prestaciones el estar redactada en el idioma del Estado ante el que se presenta o al que se dirige, siempre que esté redactada en un idioma oficial de otro Estado de la Unión. Por tanto, las "autoridades" que reciban una petición en el idioma de otro Estado no podrán rechazarla por esa circunstancia, teniendo, no obstante, la posibilidad de acudir a su traducción bien por sí mismas o bien con la colaboración de la Administración comunitaria.

A sensu contrario, entendemos que es un requisito de la instancia su expresión en un idioma oficial de algún Estado de la Unión, pues en otro caso no jugarían las previsiones de los Reglamentos, por ello, la traducción a la que el Reglamento obliga a la Comisión Administrativa de la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes es a la de los documentos redactados en un idioma oficial de algún Estado miembro, no a la de otros idiomas, sin perjuicio, no obstante, de los efectos que los documentos redactados en otras lenguas de los diferentes Estados

puedan traer consigo de acuerdo con la legislación nacional de cada uno de ellos.

VIGESIMOTERCERA.

La denominación de institución instructora sólo se establece para aquella que conduce el procedimiento de coordinación de las prestaciones de invalidez tipo B. No cabe hablar, por consiguiente, de institución instructora en el procedimiento de coordinación de las prestaciones de invalidez tipo A.

Sin desconocer que donde está llamada a jugar un papel más destacado es en el primero de los supuestos indicados, la institución competente para el reconocimiento de las prestaciones tipo A, en ocasiones, necesita formar un "expediente comunitario" para su concesión razón que hubiera aconsejado la extensión de la denominación también a la institución competente para el abono de las prestaciones de invalidez tipo A.

VIGESIMOCUARTA.

El artículo 35 del Rgto. 574, referido al procedimiento

para la concesión de las prestaciones de invalidez tipo A, incluye, dentro de los supuestos a los que se aplica, a aquellos en los que los trabajadores perciban prestaciones en virtud del artículo 41.1 del Rgto. 1408, precepto válido, también, en los casos de la invalidez tipo B.

Esta inclusión, entendemos, es técnicamente incorrecta. Con ella se rompe el presumible ámbito de aplicación del artículo 35 del Rgto. 574, ámbito definido en su encabezamiento, y que parece limitarse a las prestaciones de invalidez tipo A. En los supuestos de agravación de una invalidez previstos en el artículo 41.1 del Rgto. 1408, por coherencia técnica, deberían ser aplicables las reglas de tramitación de las invalideces tipo A o tipo B dependiendo de las reglas que, de acuerdo con las previsiones generales, fueran aplicables en cada supuesto, con lo que cuando se tratara de la agravación de una prestación tipo A debería aplicarse el artículo 35 y cuando se tratara de una prestación tipo B debería aplicarse el artículo 36, ambos del Rgto. 574.

VIGESIMOQUINTA.

El artículo 36.3 del Rgto. 574 permite enviar la

solicitud de prestaciones, cuando se reside en un Estado no miembro de la Unión, a un Estado a cuya legislación se estuvo vinculado o a el Estado del que se es nacional -y a cuya legislación no se estuvo sometido, habría que entender-. Tanto unos como otros están obligados a remitir la solicitud al último Estado a cuya legislación se estuvo afiliado.

No regula el precepto, cuando se envíe la solicitud al Estado del que se es nacional, cuál debe ser la fecha que haya de entenderse como de presentación de la misma. Por el juego de las reglas generales que sobre la presentación de solicitudes establece el citado Reglamento, parece que la fecha que ha de considerarse como de presentación de las solicitudes, en estos casos, habrá de ser la de entrada de la misma en la institución competente.

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA.

ALONSO GARCIA, B., "El Régimen jurídico de la protección social del minusválido", Ed. Civitas. Madrid 1997.

ALONSO GARCIA, R., "Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo". Madrid 1989. Ed. Civitas.

- "Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea", Ed. Ceura. Madrid 1994.

ALONSO OLEA, M., "Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución", Ed. Civitas. Madrid 1990.

- "Introducción al Derecho del Trabajo", Ed. Civitas, Madrid 1994.

ALONSO OLEA, M.; TORTUERO PLAZA, J.L., "Instituciones de Seguridad Social", sucesivas ediciones. Ed. Civitas.

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E., "Derecho del Trabajo" (Decimoquinta edición). Ed. Civitas. Madrid 1997.

ALVAREZ DE LA ROSA, J.M., "Invalidez permanente y Seguridad social". Madrid 1982. Ed. Cívitas.

BLEY, H., "Socialrecht", Alfred Mertzne Verlag. Francfort 1988.

BLOCH, F.S., "Evaluación de la invalidez: trámite de la solicitud de la pensión de invalidez y apelaciones en seis naciones". RInSS nº 1. 1994.

- "Incapacidad laboral y reinserción: teoría y diseño de un estudio transnacional". RInSS, nº 2. 1997.

BORRAJO DACRUZ, E., "La conservación de los derechos en curso de adquisición en el Seguro de Vejez, según los convenios internacionales de Seguridad Social ratificados por España". Rev. de Derecho del Trabajo. Sept.-oct.. 1959.

COLINA ROBLEDO, M.; RAMIREZ MARTINEZ, J.M.; SALA FRANCO, T., "Derecho social comunitario", 2ª edición. Valencia 1995. Ed. Tirant lo blanch.

CARRAUD, M., "Droit Social Européen". Publisud. París 1994.

COMISION EUROPEA, "Recopilación de disposiciones comunitarias sobre seguridad social" (3ª edc.), Luxemburgo 1986.

- "Sus derechos de Seguridad social cuando se desplaza en la Unión europea". Luxemburgo 1995.
- "Recopilación de disposiciones comunitarias sobre seguridad social" (4ª edc.), Luxemburgo 1995.
- "Un nuevo Tratado para Europa. Amsterdam 17 de junio de 1997". Luxemburgo 1997.

DESDENTADO BONETE, A. "La Seguridad Social de los trabajadores migrantes de la Unión europea en la unificación de doctrina", Noticias de la Unión Europea, nº 157; febrero 1998.

FERRERAS ALONSO, F., "Problemas de coordinación comunitaria de la legislación española sobre la prestación de incapacidad temporal e invalidez", en la obra colectiva "La Seguridad social española y la adhesión a las Comunidades Europeas. Problemas de armonización y coordinación". Ed. IESS. Madrid 1981.

- "Panorámica de los sistemas de Seguridad social en los países comunitarios". Relaciones Laborales 1993-I.
- "Las pensiones por enfermedad, maternidad e invalidez según el Reglamento comunitario 1408/71", en la obra

colectiva "La Seguridad social internacional:
convenios bilaterales y derecho comunitario".
Cuadernos de derecho judicial (Consejo General del
Poder Judicial). Madrid 1994.

FERNANDEZ PASTRANA, J.M., "La Administración de la
Seguridad social: análisis de una reforma". RSS nº3,
1979.

FAGOAGA, M., "El control de la gestión administrativa de
la Seguridad social". RPS nº 123, 1979.

GALIANA MORENO, J.M., "El lento camino de gestación de la
Política Social comunitaria: desde el Tratado de Roma
a la cumbre de Maastrich". REDT nº 58, 1993.

GALIANA MORENO, J.M.; MONTOYA MELGAR, A.; SEMPERE NAVARRO,
A.V..

- "Instituciones de Derecho social europeo". Ed.
Tecnos. Madrid 1988.

- "Derecho social europeo". Ed. Tecnos. Madrid 1994.

GARCIA ABELLEIRA, F.J., "La regla pro rata temporis y el
anticipo por la Entidad gestora española de la parte
de pensión de Seguridad social a cargo de organismo
extranjero". Actualidad Laboral nº 20. Madrid 1993.

GARCIA DE CORTAZAR Y NEBREDAS, C., "La Seguridad Social comunitaria en la última década (1987-1997). Coordinación. Armonización. Convergencia de objetivos. Concertación. Panorama general", Rev. Noticias de la UE, nº 157; febrero, 1998.

GARCIA DE ENTERRIA, E.; FERNANDEZ, T.R., "Curso de Derecho administrativo -II-", (4ª edición). Madrid 1993.

GARCIA RODRIGUEZ, I., "Aspectos internacionales de la Seguridad Social". Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid 1991.

GIL IBAÑEZ, J.L., "El derecho comunitario en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común". Rev. Noticias CEE. Noviembre 1996.

GUY ISAAC, "Manual de Derecho comunitario general". Ed. Ariel. Barcelona 1991.

GOERKE, L., "Introducción al seguro de larga duración en Alemania: una interpretación económica". RISS nº4, 1996.

GONZALO Y GONZALEZ, B.; GONZALEZ-SANCHO LOPEZ, E., "Consideraciones en torno a la interpretación y

aplicación de los convenios internacionales de seguridad social". Ed. Mutualismo Laboral. Madrid 1975.

GOMEZ ABELLEIRA, F.J., "La regla 'pro rata temporis' y el anticipo por la Entidad Gestora española de la parte de pensión de Seguridad Social a cargo de organismo extranjero". AL, nº 20; 1993.

GOMIS DIAZ, P.L., "Aspectos sociales de la integración de España en las Comunidades Europeas". Instituto de Estudios Sociales. Madrid 1979.

GOVERS, A.W., "The material and personal applicational scope of EEC Regulation nº 1408/71". Issues Eur. Intergr. 1980.

HANOTIAU, B., "La Sécurité sociale des travailleurs migrants. Problèmes et realisations". Journal des Tribunaux du Travail, 1972.

INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, "Convenios y Acuerdos internacionales en materia de Seguridad social suscritos por España con otros países e instrumentos jurídicos complementarios". Madrid 1991.

KÖHLER, P.A., "Social security for people with disabilities

in the EC: Different regulations-similar goals?", en "Migration: A worldwide challenge for social security". Rev. Studies an Research, nº 35. Geneve 1994.

KUHLE, S., "La reconstrucción política de los Estados del Bienestar", en "Unión europea y Estado del Bienestar", Consejo Superior de investigaciones científicas. Madrid 1997.

LANGER-STEIN, R., "EC-coordination: overcoming obstacles in social security for migrants", en "Migration: A worldwide challenge for social security". Rev. Studies an Research, nº 35. Geneve 1994.

LANGENDOCK, P. Van, "El papel de los sistemas de Seguridad social en la creación del Mercado Unico europeo", en la obra colectiva "Los sistemas de Seguridad Social y el Mercado Unico europeo", Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid 1993.

LOPEZ CUMBRE, L., "La polémica sustitución de los Convenios Internacionales de Seguridad Social entre países miembros de la Comunidad por el Reglamento 1408/71 de la CEE". Rev. Mº de Trabajo y Seguridad Social, nº 22. 1996.

LOPEZ LOPEZ, J., "Seguridad social comunitaria y jurisprudencia española". Ed. Civitas. Madrid 1996.

LYON CAEN, "Droit Social international et européen", 5
edic., París 1980.

- "La jurisprudence sociale de la C.J. variations sur
un thème ancien et recherches de sonorités
nouvelles", RTDE, 1978.

MARIN CORREA, J.M., "Perspectiva general de la Seguridad
Social de los trabajadores migrantes", II Jornadas sobre
la Comunidad Europea. Sevilla 1994, págs. 284-285.

MARTIN VALVERDE, A., "La aplicación jurisdiccional del
Derecho social de la Comunidad Europea", estudio
preliminar de la obra "Política Social de la Comunidad
Europea", tomo I, volumen 3, Ministerio de Trabajo y
Seguridad Social, Madrid 1992.

MARTINEZ GIRON, J., "Alcance de la derogación por el
Derecho comunitario de los Convenios de Seguridad
Social suscritos entre España y otros países miembros
de la CEE", AL, nº44; 1989.

- "Régimen de las prestaciones (de desempleo).
Automaticidad en el pago, incompatibilidades y
reintegro de prestaciones indebidas". Cuadernos de
Derecho Judicial. nº X. Madrid 1996, págs. 275 y ss.

MONTOYA MELGAR, A., "El Derecho internacional de la

Seguridad Social", RPS nº61, 1964.

- "Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España". Ed. Civitas. Madrid 1992.
- "Derecho y Trabajo", Ed. Civitas. Madrid 1997.
- "Derecho del Trabajo", (decimoctava edición). Ed. Tecnos. Madrid 1997.

MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.M.; SEMPERE NAVARRO, A.V.,

- "Instituciones de Derecho social europeo". Ed. Tecnos. Madrid 1988.
- "Derecho social europeo". Ed. Tecnos. Madrid 1994.

MORALES PRATS, F., "Confidencialidad, intimidad e informática: la protección de los datos del paciente. Perspectiva jurídico-penal", en VVAA, Jornadas sobre los derechos de los pacientes; Ed. INSALUD; Madrid 1990.

MOTTA, "I diritti previdenziali dei laboratori migranti nei paesi della CEE", Inca/CGLI, 1966.

MUÑOZ MACHADO, S., "La Unión Europea y las mutaciones del Estado", Alianza Universidad.

- "Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española", en la protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez. Tomo I. Civitas. Madrid 1992.

NETTER, F., "La Seguridad social de los trabajadores migrantes", RISS nº 6, noviembre-diciembre, 1963.

NUÑO RUBIO, J.L., "Los Reglamentos comunitarios y las prestaciones por vejez y supervivencia de la Seguridad social española", en la obra colectiva "La Seguridad social española y la adhesión a las Comunidades Europeas: problemas de armonización y coordinación", Ed. IESS, Madrid 1981.

- "La ampliación del campo de aplicación del Reglamento 1408/71 a los funcionarios públicos y personal asimilado". Rev. Noticias de la UE, nº 157; febrero, 1998.

OJEDA AVILES, A., "El concepto legal de invalidez en el Régimen General de la Seguridad social". RPS nº 109, enero-marzo 1976.

- "Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea". Ed. Trotta. Madrid 1994.

- "El sistema común europeo de seguridad social". Ed. Tirant lo blanch. Valencia 1997.

ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), "Introducción a la Seguridad social". Ginebra 1987.

PALOMAR OLMEDA, A., "Bases esenciales del Derecho comunitario de la Seguridad Social", Rev. de Trabajo y Seguridad Social, nº 16, oct.-dic. 1994.

PANAYOTOPOULOS, "La Sécurité Sociales des travailleurs migrants", Ginebra 1973.

PERRIN, G., "Introduction au droit international de la sécurité sociale. Coordination des législations nationales". RBSS núms. 1-2, 1991.

PIETERS, D., "Introducción al derecho de la Seguridad social de los países miembros de la Comunidad Económica Europea". Ed. Civitas. Madrid 1992.

- "La legislación de Seguridad Social europea y nacional: el horizonte de 1992", en "Los sistemas de Seguridad Social y el mercado único". Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid 1993.

POCAR, F., "Derecho comunitario del Trabajo", Ed. Civitas.

RAEPENBUSCH, S.V., "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en el Derecho europeo". Ministerio de Trabajo. Madrid 1992.

RECIO LAZA, A.M., "Los principios de la Seguridad social en los Reglamentos comunitarios", documento en ciclostil.

RIBAS, J.L., JONCZY, M.J., SÉCHE, J.C., "Derecho social europeo", Instituto de Estudios sociales; Madrid 1980.

RIBAS, M., "La Politique sociale de la C.E.E.", Rev. C.A.F. nº 3-4, marzo-abril, París 1961.

RIOS SALMERON, B., "Reglamentos comunitarios y pensiones de invalidez (nota de urgencia a la STJE de 12 de septiembre de 1996, caso Lafuente)", AL nº 1, enero 1997.

RODRIGUEZ GUTIERREZ, F.J., "La Seguridad social a nivel comunitario: las pensiones de invalidez, vejez y muerte". Tesis doctoral. Universidad de Deusto.

RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La Seguridad social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas". Instituto de estudios laborales y de la Seguridad social. Madrid 1982.

- "Ley y diálogo social en el Derecho Comunitario Europeo". Rev. Mº de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho del Trabajo); nº 3. 1997.
- "De Maastricht a Amsterdam: Derechos sociales y empleo", RL nº 4, 1998.

RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., "El asunto Roviello, Sentencia del TJCEE de 7-VI-1988" (Com.), en "La Ley" (Comunidades Europeas), nº 42, 31.1.1989.

ROJAS CASTRO, M., "Derecho comunitario social. Guía de trabajadores migrantes", Ed. Comares, Granada 1993.

ROMAN VACA, E., "El procedimiento administrativo de calificación y revisión de la invalidez permanente", Tirant lo Blanch, Valencia 1996.

SANCHEZ MONIS, F., "Breve estudio comparado de los Convenios internacionales de Seguridad Social suscritos por España". RISS nº6 -nov.-dic.-. 1962.

SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C., "La aplicación del Derecho comunitario a las pensiones especiales no contributivas", Ed. Comares. Granada 1997.

SANCHEZ-URAN AZAÑA, Y., "Seguridad Social y Constitución", Civitas, Madrid 1995.

SANCHEZ-URAN AZAÑA, Y. y TORTUERO PLAZA, J.L. y "La Incapacidad Temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva". Mapfre. Madrid 1996.

SCHMALHL, W., "Harmonization of Pension Schemes in Europe?. A controversial issue in the Light of Economics", St. Martin's Press. Great Britain 1993.

SCHULTE, B., "Garantía de los derechos comunitarios de Seguridad social: la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades", en la obra colectiva "La Seguridad social española y la adhesión a las Comunidades Europeas", IESS, Madrid 1981.

SEMPERE NAVARRO, A.V.; MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.M..

- "Instituciones de Derecho social europeo". Ed. Tecnos. Madrid 1988.

- "Derecho social europeo". Ed. Tecnos. Madrid 1994.

SEMPERE NAVARRO, A.V.; RIOS SALMERON, "Ambito aplicativo de los Reglamentos comunitarios". Cuadernos de derecho judicial nº XII (CGPJ). Madrid 1994.

SEMPERE NAVARRO, A.V., "Régimen jurídico de las Mutuas Patronales". Ed. Civitas. Madrid 1986.

- "Principios generales de la Seguridad social comunitaria", Cuadernos de Derecho judicial, nº XII, Madrid 1994.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y GARCIA LOPEZ, R., "Jurisprudencia social en unificación de doctrina 1991-1992", Ed. Aranzadi. Pamplona

SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTINEZ F., "Jurisprudencia social en unificación de doctrina 1993-1994". Ed. Aranzadi. Pamplona 1995.

- "Jurisprudencia social unificación de doctrina 1995", Ed. Aranzadi. Pamplona 1996.

- "Jurisprudencia social unificación de doctrina 1996", Ed. Aranzadi. Pamplona 1997.

SEMPERE NAVARRO, A.V.; LUJAN ALCARAZ, J., "La extinción del contrato de trabajo por invalidez permanente del trabajador y su discutible indemnización". Relaciones Laborales nº 7, 1994.

TANTAROUDAS, "La protection juridique des travailleurs migrants de la CEE en matière de Sécurité Sociale et la jurisprudence de la Cour des Communautés", Economica, París 1976.

TORTUERO PLAZA, J.L.; ALONSO OLEA, M., "Instituciones de Seguridad social", sucesivas ediciones. Ed. Civitas.

TORTUERO PLAZA, J.L., "Consideraciones sobre la internacionalización de la Seguridad Social española". RPS. 1979.

- "Técnicas de aplicación de los convenios bilaterales de Seguridad social suscritos por España con los países de la CEE", en Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón y Del Peso. Madrid 1980.
- "El desempleo. Especial consideración del desempleo en el derecho comunitario". Cuadernos de Derecho Judicial, nº X. Madrid 1996.
- "Aspectos jurídicos de las pensiones: el desempleo y las pensiones". Fundación BBV. Madrid 1996.

TORTUERO PLAZA, J.L. y SANCHEZ-URAN AZAÑA, Y., "La Incapacidad Temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva". Mapfre. Madrid 1996.

TORTUERO PLAZA, J.L.; SANCHEZ-URAN AZAÑA, Y.; CAMARA BOTIA, A.; LLORENTE ALVAREZ, A. y FERRERAS ALONSO, F., "Código de Seguridad Social. Derecho español y comunitario europeo". Ed. Civitas. Madrid 1992.

URBANETZ, H., "Modalités de conservation des droits et de calcul des prestations dans la Convention européenne de sécurité sociale et autres instruments de coordination". RBSS. Juin-Juillet. 1991.

VVAA, "Armonización de la Seguridad social en la C.E.E.", coordinación y selección de L.E. De La Villa. Ed. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid 1975.

- "La Seguridad social española y la adhesión a las Comunidades Europeas. Problemas de armonización y coordinación". Ed. IESS. Madrid 1981.
- "Comentario sistemático a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del Procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)". Madrid 1993.
- "Los sistemas de Seguridad Social y el Mercado Unico europeo", Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid 1993.
- "La Seguridad social internacional: convenios bilaterales y derecho comunitario". Cuadernos de derecho judicial (Consejo General del Poder Judicial). Madrid 1994.

VENTURI, "I fondamenti scientifici della sicurezza

sociale". Guiffré. Milán 1954.

VIVES CABALLERO, M., "Las pensiones de invalidez en el Reglamento 1408/71", edición en ciclostil.

- "La extensión territorial del Reglamento CEE 1408/71. Nuevas adhesiones. Espacio Económico Europeo. Las negociaciones con otros Estados no miembros de la Unión Europea: Suiza". Rev. Noticias de la UE, nº 157; febrero, 1998.

WATSON, P., "Social Security Law of the European communities". Mansell. London 1980. (versión en castellano: "Derecho de las Comunidades Europeas en materia de Seguridad social", I.N.S.S., Madrid 1983, edición en ciclostil).